Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb des Vertragspfandrechts an Fahrnis

nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Fritz Schwarz
aus Landau in der Pfalz.

Approbiert am 11. Januar 1908.

Erlangen.
K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.
1908.

45

Referent: Herr Professor Dr. Siber.

Meinen Eltern.

Inhalt.

Seite

§ 1. Der Umfang der Betrachtung in seiner stofflichen Begrenzung 1

§ 2. Einleitung 2

I. Abschnitt.

Der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts als solches.

I. Kapitel.

Der gute Glaube beim Pfandrechtserwerb von Nichtberechtigten im allgemeinen (abgesehen vom kritischen Moment und eventuellen sonstigen Besonderheiten, die sich erst bei den einzelnen Bestellungsarten ergeben).

§ 3. 1. Der Begriff des guten Glaubens, abstrahiert von seinem gesetzlich notwendigen Inhalt 16

2. Der zur Berücksichtigung bei der Verpfändung gesetzlich notwendige Inhalt des guten Glaubens.

§ 4. A. Beim Erwerb vom Nichteigentümer 18

B. Beim Erwerb von dem in seiner Verfügungsmacht Gebundenen.

§ 5. I. Allgemeine Vorbemerkung 39

§ 6. II. Bei Gebundenheit durch eine Bedingung oder einen Termin 40

§ 7. III. Bei Gebundenheit durch sog. relative Veräußerungsverbote oder sonst durch Verfügungsbeschränkungen 44

§ 8. 3. Der gute Glaube an eine von fremder Rechtsmacht mit fremden Willen hergeleitete Verfügungsberechtigung beim Erwerb von Nichtverfügungsberechtigten 59

§ 9. 4. Allgemein notwendige Voraussetzungen und Grundlagen für den gutgläubigen Pfandrechtserwerb 71

Seite

§ 10. 5. Die Person, in der der gute Glaube vorhanden sein muß 75
§ 11. 6. Die Wirkungen des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs . 85
§ 12. 7. Ausschluß dieser Wirkungen bei unfreiwilligem Besitzverlust 90
§ 13. 8. Unterausnahmen 98

II. Kapitel.

Der für den guten Glauben kritische Zeitpunkt und die Besonderheiten bei den einzelnen Verpfändungsformen.

9. Kritischer Zeitpunkt und Besonderheiten bei einer einfachen Verpfändung in den Formen der §§ 1205 u. f.
§ 14. I. Im Fall der Verpfändung mit Übergabe nach § 1205 I, 1 100
§ 15. II. Bei der Verpfändung mit vorausgegangener Besitzüberlassung nach § 1205 I, 2 105
§ 16. III. Bei der Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 1205, II 108
§ 17. IV. Im Fall der Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206 112
10. Kritischer Zeitpunkt und Besonderheiten in komplizierten Fällen.
§ 18. I. Bei der Verpfändung ist auf Seiten des Erwerbers ein Vertreter tätig 117
§ 19. II. Bei der Verpfändung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung 123
§ 20. III. Beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb vom Nichteigentümer, der die Sache zuvor schon einmal bedingt übereignet hat, ohne daß die Bedingung zur Zeit der Verpfändung bereits eingetreten ist . 128

II. Abschnitt.

Der gutgläubige Erwerb des Vorrangs über bereits vorhandene Belastungen der Sache mit Rechten Dritter.

§ 21. 1. Einleitende Übersicht 132
§ 22. 2. Notwendige objektive Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb des Vorrangs 133
§ 23. 3. Der zur Erlangung des Vorrangs notwendige gute Glaube 138

Seite

§ 24. 4. Die Wirkungen des gutgläubigen Vorrangerwerbs . . 146

§ 25. 5. Ausschluß dieser Wirkungen bei unfreiwilligem Besitzverlust 149

§ 26. 6. Der für den guten Glauben kritische Zeitpunkt und die beim Vorrangerwerb sich ergebenden Besonderheiten bei den einzelnen Verpfändungsformen 156

Literatur.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, in Jherings Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 48 S. 176 ff.

Bekker, Pandektenrecht, Bd. 2. 1889.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, erl. 2. Aufl. 1903.

Bradt, Entstehung und Untergang des vertragsmäßigen Pfandrechts an beweglichen Sachen nach dem gemeinen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Rost. Diss.)

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (Straßb. Diss. 1900.)

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

—, Der Schutz des Eigentums an beweglichen Sachen. 1896.

Burckhard, Zum Begriff der Schenkung. (Festgabe der Würzburger rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät für E. J. Bekker.) 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. in 2. Aufl. 1899. 2. Bd. in 4. Aufl. 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 1905.

Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichem Recht. 1897. 1. Abt.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Bd. (Sachenrecht) in 3. Aufl. 1904 und 1. Bd. 1. und 2. Aufl. 1902.

—, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1. Bd. 1860.

Düringer und **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, erl. 2. Bd. 1901.

Eccius, In Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 47.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. 8. Aufl. 1905.

Fischer und **Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 6. Aufl. 1904.

Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter. 1. Abt. 1879.

Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 89. S. 402 ff.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, in Fischers Abhandlungen. 1. Bd. 4. Heft. 1897.

—, Deutsches Privatrecht. 2. Bd. Sachenrecht. 1905.

Goldschmidt, Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 8, S. 225 ff.; Bd. 9, S. 1 ff.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896—97. 2. Aufl. 1900.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885. 1. u. 2. Bd.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. 6. Aufl. 1886.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Bd. Des Teils I, 2. 12. Aufl.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1899.

Meilhaus, Der Eigentumserwerb nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch Art. 306, 307 und dem Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 932 bis 936. (Tüb. Diss. 1899.)

Meyer, im „Recht". 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Bände 1, 3, 4, 5.

Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs. (Würzb. Diss. 1904.)

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erl. Bd. 1, 2. (2. Aufl.) Bd. 3. (3. Aufl. 1906.) Bd. 5. (1. u. 2. Aufl. 1902).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1897.

Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch, in Gruchots Beiträge. Bd. 44. 1900.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bde. 5 und 8.

Regelsberger, Der sog. Rechtserwerb von Nichtberechtigten, in Jherings Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 47.

Rehbein, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgemeiner Teil. Berlin 1899.

v. Reibnitz, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. (Rost. Diss. 1902.)

Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, Bde. 1, 9, 52, 54; in Strafsachen Bde. 34 und 35.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 4. 1841.

Schloßmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache, in Fischers Abhandlungen. Bd. 9. 3. Heft. 1903.

Schulze, Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht, in Jherings Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 49.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 50. Nr. 257.

Sohm, Institutionen. 10. Aufl. 1901.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. Bd. 2.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Bd. (von Kober), 1. u. 5. Bd., sämtlich in 2. Aufl.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2. 1. Abt. 3. Aufl. 1896.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 89.

Weyl, Hat der Pfandgläubiger das Recht der Weiterverpfändung? (Erlanger Diss. 1898.)

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1, in 9. Aufl. 1906.

§ 1.

Der Umfang der Betrachtung in seiner stofflichen Begrenzung.

Aus dem Thema ergibt sich die Beschränkung unserer Abhandlung auf das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs einerseits, auf das Vertragspfandrecht und zwar an Fahrnis andererseits. Darnach scheiden eo ipso aus der Betrachtung aus die Sonderbestimmungen des Handelsgesetzbuchs und seiner Nebengesetze über den gutgläubigen Erwerb des Vertragspfandrechts und der diesen spezifischen gesetzlichen Pfandrechte, ebenso die vereinzelnten den Schutz des guten Glaubens betreffenden Bestimmungen anderer Reichsgesetze, wie insbesondere der Zivilprozeßordnung in ihren §§ 328, II, 898, etwaige einschlägige Übergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch und schließlich auch etwaige in Geltung gebliebene landesgesetzliche Vorschriften.

Auf Grund dieser Beschränkung haben wir es auch in § 7 d. Abh. vermieden, als Beispiele für relative Veräußerungsverbote oder sonstige Verfügungsbeschränkungen andere als im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst enthaltene anzuführen. Nicht berücksichtigt ist zum Teil aus dem nämlichen Grunde das in der Zivilprozeßordnung geregelte, zudem aber durch behördlichen Zwangsakt entstehende sogen. Pfändungspfandrecht.

Im Bereich des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst ergibt sich mit der Beschränkung auf das Vertragspfandrecht der

Ausschluß der gesetzlichen Pfandrechte, mit der Beschränkung auf das Fahrnispfand der Ausschluß des Pfandrechts an Grundstücken, der Hypothek und Grundschuld, sowie des Pfandrechts an Rechten, sofern sich das Recht nicht etwa in einem Papiere derart verkörpert, daß das Papier als selbständige Sache erscheint, auf das dann wie auf jede andere Sache auch die Vorschriften bezüglich des gutgläubigen Erwerbs Anwendung zu finden hätten. Vgl. § 1293 B.G.B.

Eine weitere Beschränkung, die allerdings in der Fassung des Themas nicht zum Ausdruck gelangen konnte, die uns jedoch mit Rücksicht auf eine einheitliche und in sich geschlossene Darstellung als wünschenswert erschien, ist die Nichtberücksichtigung der besonderen Vorschriften über das Schiffspfandrecht, soweit es sich um eingetragene Schiffe oder um einen ideellen Eigentumsanteil an einem solchen, sogen. Schiffspart handelt (§§ 1259, 1272) deshalb, weil für diese mit der Einrichtung des Schiffsregisters eine „Zwitterstellung" zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfand und wie überhaupt, so auch hinsichtlich des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs eine dahin modifizierte Sonderstellung geschaffen wurde[1]).

§ 2.

Einleitung.

Im sachenrechtlichen Verkehr die normale Erscheinung ist es, daß derjenige, der das Eigentum an einer Sache überträgt oder beschränkte dingliche Rechte an einer solchen

---

[1]) Bezüglich der beim Schiffspfandrecht nur beschränkten Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vgl. übrigens: Planck ad §§ 1260 1. a; 1262; Kober ad §§ 1260 1. d, 1262; Neuburger „Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs", Diss. Würzburg 1904, § 11.

bestellt, dazu auch berechtigt ist. Der Rechtserwerb vom Berechtigten auf Grund eines dahin zielenden, übereinstimmenden Willens der Kontrahenten entspricht wie dem natürlichen Empfinden so der Rechtslogik. Allein sind diese Fälle auch die normalen und weitaus häufigeren, so kommt es gleichwohl nicht selten vor, daß ein Nichtberechtigter, das ist ein solcher, der zu der betreffenden Sache in einer Beziehung steht, die entweder eine rechtliche nicht ist oder wenn doch eine solche, die an sich nicht genügt, um ihn zu Dispositionen über die Sache selbst zu autorisieren, sich zwecks einer Verfügung über die fremde Sache die Machtbefugnis des Berechtigten beilegt, sei es nun optima fide, weil er seiner eigenen Überzeugung nach der Berechtigte ist oder aber im Bewußtsein und mit dem Willen der Rechtswidrigkeit. Die in solchem Fall geschaffene Situation bringt das Recht in eine gewisse Verlegenheit, wie es die entstandene Interessenkollision am entsprechendsten lösen soll. Der wahre Berechtigte auf der einen Seite ist interessiert an dem ungeschmälerten Bestande seiner vor dem Rechte bestehenden Herrschaftsgewalt. Auf der anderen Seite hat dagegen auch der Erwerber (in subjektivem Sinne)[1] ein Interesse daran, was er erworben zu haben glaubt, als seinen Erwerb (in objektivem Sinne) festzuhalten. Zu wessen Gunsten soll nun das Recht den Ausschlag geben? Auf welche Seite soll es treten? Wessen Interesse schützen?

Betrachten wir unserer Aufgabe entsprechend lediglich das Mobiliarsachenrecht, so finden wir, daß es bei Entscheidung der Frage regelmäßig[2] von einer Unterscheidung

[1] Vgl. Neuburger a. a. O. S. 22, Anm. 3, Satz 2.

[2] Abgesehen vielleicht von dem allerältesten römischen Recht, falls dieses etwa vor den XII Tafeln die Möglichkeit der Ersitzung (vgl. hierzu unten S. 6f.) noch nicht gekannt haben sollte, wodurch die praktische Bedeutung obiger Unterscheidung entfallen mußte. Schon die XII Tafeln

ausging in Bezug auf die Art und Weise, wie die Mobilie aus der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Berechtigten in die des verfügenden Nichtberechtigten gekommen war. Und zwar stellt es im großen und ganzen einander gegenüber entwendetes und nicht entwendetes Gut.

Die einheitliche Behandlung des entwendeten Guts scheint dafür zu sprechen, daß hier dem Recht die Entscheidung leichter fiel. Der unfreiwillige Verlust durch Diebstahl ließ von je das Interesse des Berechtigten als das überwiegend schutzbedürftige erscheinen. Das römische wie das deutsche Recht in ihrer ältesten wie in ihrer modernsten Gestaltung sind, wenn sie auch den Kreis der entwendeten Sachen wesentlich verschieden begrenzen insofern, als im germanischen Recht jener Begriff allmählich zum Begriff des unfreiwilligen Besitzverlustes überhaupt generalisiert und dem anvertrauten Gut als Gegensatz gegenübergestellt wurde, während im römischen Recht der weite Begriff des furtum der wohl auch die unterschlagenen Sachen mitumfaßte, zu Grunde gelegt war[3]), prinzipiell doch darin eins, daß die Verfügungen eines Nichtberechtigten über eine in dem jeweiligen Sinne dieser Rechte „entwendete" Sache das Recht des Berechtigten als solches zu zerstören oder zu beeinträchtigen nicht imstande sind. So selbstverständlich überall da, wo ein Rechtserwerb vom Nichtberechtigten auch an nicht entwendetem Gut nicht zugelassen und infolgedessen die ganze Unterscheidung nicht praktisch

---

kennen jedoch eine usucapio, der schon damals die res furtivae entzogen waren vgl. Sohm, Inst. S. 315 ff. Ebenso entfällt die Unterscheidung nach röm. R. beim Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten, wenn der Besteller in mala fide ist, da dann eine Ersitzung ausgeschlossen ist (vgl. unten S. 7 f.).

[3]) Vgl. Goldschmidt, Bd. 8, § 2, S. 247 ff. und Buhl, „Der Schutz des Eigentums an bewegl. Sachen" S. 8, Abs. 2.

wurde[4]), vor allem aber da, wo diese Unterscheidung auch Bedeutung hatte und das Recht einen Erwerb vom Nichtberechtigten, wie das altgermanische Recht[5]) an anvertrautem Gut allgemein kennt und ohne besondere Voraussetzungen zuläßt und insbesondere auch dann, wenn es einen solchen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zuläßt und diesen Voraussetzungen bei der betreffenden Verfügung über die entwendete Sache auch genügt ist, also beispielsweise trotz der etwa vorliegenden bona fides des Erwerbers oder wenn, wie regelmäßig im römischen Recht der Erwerb außerdem an den Ablauf einer bestimmten Zeit geknüpft ist, trotz dieses[6]) Zeitablaufs.

Ist somit bezüglich der im Sinne der einzelnen Rechte „entwendeten" Sachen die Gestaltung in diesen Rechten eine in wichtigen Punkten übereinstimmende, so ist der Ausgangspunkt des römischen und des germanischen Rechts in unserer Frage ein gegensätzlicher betreffs derjenigen Sachen, die auf andere Art aus der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Berechtigten gekommen waren.

Das römische Recht hat sich starr auf den Boden der Rechtslogik gestellt. Mit unerbittlicher Konsequenz hält es streng an dem „Grundgesetz der Sukzession" fest: Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet, niemand kann mehr Recht auf einen anderen übertragen als er selber hat. Vom Standpunkt des Rechtsnachfolgers betrachtet: Non debeo melioris condiconis esse quam

---

[4]) Vgl. das römische Recht in den Fällen sub Anm. 2.

[5]) Vgl. unten S. 8 f.

[6]) Zum allermindesten ist die Voraussetzung dann eine qualifiziertere. So wurde seit Justinian eine Ersitzung mit bedeutend längerer Ersitzungszeit an res inhabiles zugelassen, wobei es jedoch noch sehr zweifelhaft ist, ob dieser nicht die res furtivae ganz und gar entzogen waren. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 234, 1.

auctor meus, a quo ius in me transit[7]). Mochten auch Nichtberechtigte über die Sache[8]) verfügen so oft und so viele wollten, der rechtliche Bestand des Eigentums ward durch den Verfügungsakt nicht erschüttert, gleichgültig ob der Erwerber den Mangel im Rechte seines Veräußerers gekannt hatte oder nicht. Wo der Eigentümer auch seine Sache wieder finden mochte, konnte er ihre Herausgabe erzwingen nach dem Satze: Ubi rem meam invenio, ibi vindico. Wie der Eigentümer durch Verfügungen Unbefugter sein Recht nicht verlieren konnte, so konnte er auch nicht durch unbefugte Pfandrechtsbegründung in seinem Recht beeinträchtigt werden. Ebensowenig konnte aber auch ein erster Pfandgläubiger seinen Rang dadurch verlieren, daß, sei es nun ein Nichteigentümer oder der Eigentümer selbst, ein zweitesmal einem Dritten ein Pfandrecht ersten Ranges bei der Bestellung versprach. Selbst dem Eigentümer stand ja ein Recht in diesem Umfang jetzt nicht mehr zu Gebot, da über die Piorität grundsätzlich die Zeit der Entstehung entschied nach dem Satze: Prior tempore, potior est iure. Ja, war etwa die belastete Sache von einem nachstehenden Pfandgläubiger verkauft worden, so konnte der bessere Pfandgläubiger sie vom Erwerber zurückfordern[9]).

An diesem Grundsatz hielt das römische Recht während seiner ganzen Entwicklung auch noch nach seiner Rezeption in Deutschland als sogen. gemeines Recht theoretisch fest. Allein bereits im altrömischen Recht (schon die XII Tafeln)[10])

---

[7]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 233 und die daselbst zitierten Quellenstellen.

[8]) Die übrigens Mobilie oder Immobilie sein konnte, da das römische Recht beide ja grundsätzlich gleich behandelte.

[9]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 244 f., insbesondere Anm. 49 und die dort zitierten Quellenstellen.

[10]) Vgl. Sohm, Inst. S. 311 ff.

und mit der reicheren Entfaltung des Verkehrs im Laufe der Zeit immer mehr hatte man im praktischen Ergebnis die theoretische Härte bedeutsam abzuschwächen gewußt. Zwar war es unmöglich, auf Grund des bloßen Verfügungsaktes ein Recht vom Nichtberechtigten zu erwerben. Allein dieser Verfügungsakt war doch rechtlich nicht völlig unerheblich, er verschaffte den Besitz und wenn der Erwerber den Mangel im Rechte seines Veräußerers nicht kannte, wenn er in bona fide war, konnte er sogar das Eigentum erwerben, wenn sich an den justo titulo an einer res habilis erworbenen Besitz eine längere ununterbrochene Besitzzeit anschloß, sogen. Eigentumserwerb durch Ersitzung oder usucapio. Andererseits aber war der Usukapionsbesitzer schon vor Erwerb des Eigentums in erhöhtem Maße ähnlich wie der Eigentümer selbst geschützt durch eine der rei vindicatio nachgebildeten Klage, die sogen. actio publiciana in rem, bei bloß gestörtem Besitz durch die negatorische Klage, die allerdings beide regelmäßig einem Besserberechtigten, insbesondere dem Eigentümer gegenüber versagten und daher vornehmlich dem Zweck dienten, das für den Rechtserwerb so wichtige Besitzverhältnis möglichst aufrecht zu erhalten[11]).

Allein diese praktische Milderung galt nur für den Eigentumserwerb. Dem Pfandrechtserwerb kam sie grundsätzlich nicht zugute. Nur in jenen Fällen, wo die Verpfändung sich in der alten Form der mancipatio fiduciae causa, der fiduziarischen Eigentumsübertragung vollzog, konnte der Gläubiger in seiner Eigenschaft als (fiduziarischer) Eigentümer die anvertraute Sache usukapieren[12]).

Dagegen kannte das römische Recht keine Ersitzung des eigentlichen Pfandrechts. Zwar war auch der gutgläubige

[11]) Vgl. das Nähere bei Goldschmidt a. a. O. S. 233ff.

[12]) Vgl. Dernburg, „Pfandrecht" I, S. 178 und l. 13 § 2 Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3.

Pfandnehmer bis zu einem gewissen Grade insofern geschützt, als er, falls sein Auktor selbst in bona fide war, den Usukapionsbesitz seines Verpfänders fortsetzen half und dessen Schutz mitgenoß[13]). Allein die theoretische Strenge unseres Prinzips kam auch praktisch voll zur Geltung in all den Fällen, in denen zwar der Pfandgläubiger sein Pfandrecht bona fide erlangt hatte, der Verpfänder selbst aber malae fidei possessor war. So wenig wie hier der Gläubiger ein Pfandrecht an der Sache ersitzen konnte, so wenig war er durch eine der publizianischen ähnliche Klage geschützt, da eine solche ja nur den Schutz solcher Personen bezweckt, die in der Lage sind durch Ersitzungsbesitz ein definitives Recht zu erwerben[14]).

Einen dem römischen gerade entgegengesetzten Ausgang nimmt das altgermanische Mobiliarsachenrecht, indem es sich regelmäßig[15]) zugunsten des Erwerbers entscheidet. Die dingliche Rechtsverfolgung ward dem Eigentümer versagt, wenn derjenige, dem er seine Sache anvertraut, d. i. willentlich überlassen, also beispielsweise geliehen, vermietet, verpfändet hatte, über sie verfügte, ohne Unterschied, ob der Inhaber das Eigentum an der Sache übertragen oder nur ein Pfandrecht an ihr bestellt hatte. „Hand muß Hand wahren“[16]). „Wo jemand seinen Glauben gelassen hat, muß er ihn wieder suchen“[17]). „Mobilia non habent sequelam, Habe hat

---

[13]) Vgl. Sohm S. 312 unten und Dernburg a. a. O.

[14]) So Dernburg a. a. O. S. 178ff.

[15]) Partikularrechtlich finden sich Modifikationen des Grundprinzips. So wird z. B. im lübischen Recht cod. II, 194 ein Lösungsanspruch des in seinem Recht verletzten Eigentümers anerkannt. So vgl. Goldschmidt S. 261, 2 u. Anm. 7.

[16]) Vgl. z. B. 24 fries. Landr. Nr. 17; bei Kraut, Deutsches Privr. § 82 Nr. 40.

[17]) Vgl. z. B. Revid. lüb. Recht III, 2. 2; bei Kraut ebenda.

kein Geleit“ [18]). Außerordentlich bestritten ist die Frage nach dem Grunde für diese eigentümliche Regelung. Zwar wird neuerdings die vielfach vertretene Auffassung, daß Eigentum und Pfandrecht als Rechte an Mobilien den Germanen gar nicht im Bewußtsein gelegen hätten, daß sich vielmehr die Germanen in ihrer „sinnlich-naiven Anschauungsweise“ im Gegensatz zu den begrifflicher veranlagten, wissenschaftlicher und abstrakter denkenden Römern „das Recht an Mobilien nur in einer gewissen Verkörperung vorgestellt und so mit der tatsächlichen Herrschaft an fahrender Habe auch die rechtliche erlöschen“ ließen [19]), vielfach bekämpft [20]), doch wird man soviel wohl behaupten dürfen, daß das germanische Prinzip theoretisch nicht so konsequent und klar durchentwickelt war wie das römische. Dies geht insbesondere daraus hervor, daß nach den älteren Quellen die Frage unbeantwortet blieb, ob denn derjenige, dem der Entleiher, Mieter, Pfandgläubiger ꝛc. die Sache zu Eigentum oder Pfandrecht übertrug, wirklich Eigentum resp. Pfandrecht erwarb. Den Quellen genügte es, zu konstatieren, daß solchen Personen gegenüber die Vindikation des Eigentümers versagte [21]).

So ist es um so erklärlicher, daß mit dem Eindringen des römischen Rechts in einem großen Teil Deutschlands die germanische Rechtsauffassung von der Konsequenz und Logik des römischen Prinzips geblendet, diesem Platz machte,

[18]) Vgl. z. B. Franken, „Französisches Pfandrecht“ I, S. 269 und Anm. 1.

[19]) Goldschmidt a. a. O. S. 246.

[20]) Vgl. hierzu Goldschmidt ebenda; Franken a. a. O. S. 267 ff.; dagegen z. B. Heusler, „Institutionen des deutschen Privatrechts“ 1885, 4. Buch § 79, S. 3; Hermann, „Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindikation“ 1886; Kern, „Entwicklung des Grundsatzes Hand muß Hand wahren“, Breslauer Dissertation 1881 und die daselbst in § 3 zitierte Literatur.

[21]) So Stobbe-Lehmann II, 1. Abteil., S. 408 f.

während der germanische Grundsatz nur in einigen Partikularrechten in Geltung blieb[22]). Dabei geht man wohl nicht irre, wenn man in der Modifikation, die das deutsche Prinzip in diesen letzteren allmählich gefunden zu haben scheint, römisch-rechtlichen Einfluß erkennen will. Während das altgermanische Recht allem Anscheine nach keinen Unterschied machte, ob der Erwerber in bona oder mala fide gewesen war, wird nunmehr der Rechtserwerb vom guten Glauben des Erwerbers abhängig gemacht[23]). Zum mindesten aber wird man behaupten dürfen, daß dieses Erfordernis zum ersten Male bewußt und ausdrücklich aufgestellt wird[24]). So ist dies z. B. der Fall im Hamburger Stadtrecht von 1603[25]).

Das herrschende aber war und blieb zunächst nicht dieses modifizierte deutsche, sondern das römisch-gemeinrechtliche Prinzip.

Allein sobald man in neuerer Zeit gelernt hatte, wieder selbständiger und kritischer über das römische Recht zu denken, trat der Grundsatz in eine neue Entwicklungsphase ein. Bei dem gesteigerten Verkehrsleben, bei dem raschen Güterumlauf ergab es sich als ein dringendes Bedürfnis der Rechtssicherheit, den römischen Standpunkt aufzugeben[26]). In den modernen Kodifikationen wird vielfach, so insbesondere im französischen code civil, im österreichischen Bürgerl. Gesetzbuch und am entschiedensten im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch

---

[22]) Vgl. Goldschmidt S. 263 ff.

[23]) So Gierke, „Bedeutung des Fahrnisbesitzes" S. 17, Anm. 43.

[24]) Vgl. Franken, „Franz. Pfandr." I, S. 269 u. S. 300 f.; ferner Stobbe-Lehmann a. a. O. § 92, S. 259 ff.; Kraut § 82 Nr. 6; a. A. Goldschmidt S. 256 ff.

[25]) Vgl. Goldschmidt S. 264 f.

[26]) Wenn das altgermanische System auch dem Verkehr günstig war, „so hat doch offenbar keinerlei bewußte Tendenz, den Handel zu begünstigen demselben zugrund gelegen". So Goldschmidt § 3, S. 259.

mit dem römischen Prinzip mehr oder minder gebrochen[27]) und der altgermanische Grundsatz „Hand muß Hand wahren" von neuem zu Ehren gebracht, mannigfach modifiziert, so durch das Erfordernis der bona fides und infolge des Durchgangs durch die Schule des römischen Rechts in juristisch präziser Ausgestaltung. Ergeben sich infolgedessen auch mancherlei Berührungspunkte, so ist diese modernisierte germanische Regelung von der römischen doch noch in wesentlichen Punkten verschieden. Selbst wenn man von dem Erfordernis der vollendeten Usukapion absehen wollte, weicht immer noch und zwar gerade im praktischen Resultat die modern deutsche Rechtsgestaltung von der römischen weit ab insofern, als zum römischen furtum auch unterschlagene Sachen gehörten, an denen nach modernem Recht sofortiger Eigentumserwerb, nach römischem Recht noch nicht einmal die Ersitzung möglich ist[28]). Ferner besteht zwischen beiden eine tiefe Kluft beim Erwerb beschränkter dinglicher Rechte, auf die wir gerade mit Rücksicht auf unser Thema noch einmal aufmerksam machen wollen. Das römische Recht kannte keine Ersitzung des Pfandrechts. Im modernen Recht dagegen ist ein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts ebensowohl wie des Eigentums möglich.

In die neueste Entwicklung hat schließlich das B.G.B. Einheitlichkeit und einen gewissen Abschluß gebracht. Hat der Berechtigte die Sache einem andern anvertraut und dieser über sie verfügt, so erlangt der redliche Erwerber endgültig das vereinbarte Recht. Der § 932 I, 1 sagt: Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zur Zeit des Erwerbs nicht in

---

[27]) Vgl. das Nähere hierzu bei Goldschmidt S. 278 ff.

[28]) Vgl. jedoch die Motive III, S. 342. 2 u. Buhl a. a. O. S. 41 f.

gutem Glauben ist. Entsprechend das Gleiche gilt nach § 1207 beim Pfandrecht. Die Fassung des § 932 hat nun aber etwas auffälliges. Sie erweckt insofern, als sie den guten Glauben nicht „als positive Bedingung des Eigentumserwerbs behandelt", sondern den bösen Glauben lediglich „als Hindernis sonst eintretenden Erwerbs" bezeichnet, fast den Anschein, als ob die bona fides, die doch dem Rechtserwerb seine „wirtschaftliche und ethische Rechtfertigung und den rechtlichen Grund gibt"[29]), nicht die eigentliche Basis für den Rechtserwerb nach § 932 bilden würde, als sei dieser vielmehr nichts anderes als eine Erweiterung des § 929 und würde mit diesem zusammen eine einzige, einheitliche Regel aussprechen wollen, die nur beim Erwerb vom Nichtberechtigten bei mala fides des Erwerbers eine geringfügige Ausnahme erleiden soll. Eine derartige Bedeutung darf man jedoch der Formulierung des § 932, I, 1 nicht zumessen[30]). Der Erwerb nach § 932 ist etwas ganz besonderes. Er ist geradezu eine Ausnahme von der Regel, die in § 929 ausgesprochen wird, eine Ausnahme von dem Grundsatz: Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet. Und die bona fides des Erwerbers ist es, die diese Ausnahme begründet. Die nebensächliche Behandlung aber, die ihr scheinbar der § 932, I, 1 durch seine Fassung zuteil werden läßt, hat ihren Grund lediglich darin, daß durch diese die Regelung des Beweises bezweckt wird. Die Wendung „es sei denn, daß . . ." gebraucht das B.G.B. immer dann, wenn es den Beweis der im Konditionalsatz enthaltenen Gegennorm demjenigen aufbürden will, der sich auf sie beruft[31]). Im gegebenen Fall kommt ihr demnach die Bedeu-

[29]) Dernburg, Sachenrecht III, § 98. 2.

[30]) Vgl. Endemann II, § 81, Anm. 15.

[31]) Düringer u. Hachenburg II, S. 190 u. Buhl a. a. O. S. 44, Abs. 2.

tung zu, daß die bona fides zu präsumieren ist nach dem alten Satze: quisquis praesumitur bonus[32]) und daß derjenige zu beweisen hat, der das Vorhandensein von mala fides behauptet.

In seinem Absatz II gibt dann der § 932 eine negativ gefaßte Definition des Begriffs der bona fides: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört“[33]). Schon die Stellung der Definition in einem zweiten Absatz des § 932, sowie ihre der Fassung der ersten Absatzes korrespondierende negative Formulierung, weisen darauf hin, daß sie zunächst nichts anderes sein will als die Inhaltsbestimmung gerade einer solchen bona fides, wie sie für einen Erwerb nach § 932, I nötig sein soll, dagegen nicht eine Inhaltsbestimmung der bona fides in dem Sinne, daß gerade dieser spezielle Inhalt der bona fides einzig und allein die rechtliche Grundlage des Erwerbs in all den Fällen bilden müßte, wo auch immer das B.G.B. einen solchen von der bona fides des Erwerbers abhängen läßt. Daß dies überhaupt unmöglich wäre, beweist schon § 936, II, wo vom guten Glauben in Ansehung eines beschränkten dinglichen Rechts die Rede ist. Jedoch kommt dem § 932, II abgesehen davon, daß er den für den Erwerb nach § 932, I erforderlichen Inhalt der bona fides bestimmt, jedenfalls noch die weitere Bedeutung zu, daß er damit zugleich einen Schluß gestattet auf den allgemeineren Obersatz, aus dem er sich herleitet und den man wohl etwa dahin formulieren kann: Der

---

[32]) Dernburg a. a. O. § 98. 3.

[33]) Auf die Natur des guten Glaubens tiefer einzugehen, wie insbesondere auf die vielumstrittene Frage, ob der gute Glaube etwas Positives oder etwas Negatives sei, erscheint uns mit Rücksicht auf unser spezielleres Thema zu weit abführend und entbehrlich.

Erwerber ist dann in gutem Glauben, wenn er seinen Erwerb entschuldbarerweise für rechtmäßig hält[34]). Einen Satz, den das B.G.B. in dieser weiten Fassung aufzustellen wohl deshalb unterlassen hat, weil es den guten Glauben in diesem weiten Umfang gar nicht unter Schutz stellen wollte[35]), der aber darum doch in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz kraft positiver Bestimmung den guten Glauben schützt, dienlich sein kann, um den in einem jeden solchen Fall erforderlichen Inhalt der bona fides festzustellen. Darnach dürfte es wohl das Richtigste sein als Definition der bona fides überhaupt gelten zu lassen nur die Worte: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist", dagegen die Fortsetzung des § 932, II, die den notwendigen Inhalt der bona fides nur für den § 932, I bestimmt, nicht einzusetzen, sondern entsprechend dem gewonnenen Oberbegriff die Fortsetzung jeweils variieren zu lassen je nach dem Rechtsmangel, der im einzelnen Fall kraft Gesetzes durch die bona fides ersetzt werden kann.

Dies empfiehlt sich sowohl in den Fällen, wo das B.G.B. wie in §§ 1207, 1208 einfach die §§ 932 ff., wie andrerseits insbesondere da, wo das Gesetz den ganzen Komplex dieser „Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten" für entsprechend anwendbar erklärt, wie beispielsweise in den §§ 135, II, 161, III ꝛc., wobei ja das Gesetz selbst, insofern es jene Vorschriften als entsprechend anwendbar bestimmt, damit zugleich eine entsprechende Inhaltsänderung des Begriffs der bona fides, falls notwendig mit begreift und mit vorschreibt[36]).

---

[34]) Vgl. Dernburg a. a. O. § 98, 4, a. E. S. 296.

[35]) Vgl. z. B. § 9 der Abh. VI, 1—4; vgl hierzu auch Dernburg a. a. O. § 103, II, 4, S. 309, Anm. 16.

[36]) Vgl. hierzu Neuburger § 1, II.

Im folgenden wollen wir nun diesen vom Gesetze selbst vorgezeichneten Weg einschlagen, indem wir für das Fahrnispfandrecht den Begriff der bona fides zunächst festlegen wollen, insoweit er nach den gesetzlichen Bestimmungen einen Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglicht und zwar in den ersten Paragraphen unseres ersten Abschnitts speziell für den Pfandrechtserwerb, in den ersten Paragraphen unseres zweiten Abschnitts für den Vorrangerwerb über bereits vorhandene Sachbelastungen.

I. Abschnitt.

Der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts als solches.

I. Kapitel.

Der gute Glaube beim Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten im allgemeinen (abgesehen von dem kritischen Zeitmoment und eventuellen sonstigen Besonderheiten, die sich bei den einzelnen Bestellungsarten ergeben).

1. Der Begriff des guten Glaubens, abstrahiert von seinem gesetzlich notwendigen Inhalt.

§ 3.

Der gute Glaube, bona fides oder auch Redlichkeit ist die relativ entschuldbare Unkenntnis[1]) eines in den folgenden Pragraphen detaillierten Umstands, ein Nichtwissen, das nicht den Vorwurf grober Fahrlässigkeit verdient §§ 932, II, 1207. Der geringere Verschuldensgrad der leichten Fahrlässigkeit schließt dagegen bona fides nicht aus.

---

[1]) Vgl. Düringer u. Hachenburg II, S. 462, 3. Relativ entschuldbar in dem Sinne, daß hier auch eine eventuell vorliegende leichtfahrlässige Unkenntnis einmal auf Grund ausnahmsweiser Gesetzesbestimmung als entschuldbar behandelt wird, wiewohl auch die leichte Fahrlässigkeit an und für sich einen, wenn auch nur geringen Vorwurf enthält.

Zwischen beiden, einfacher und grober Fahrlässigkeit besteht nun aber eine scharfe begriffliche Abgrenzung nicht[2]). Im großen und ganzen bleibt die Entscheidung darüber, ob der Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276, I 2.) als ein schwerer anzusehen sei oder nicht dem Gefühl überlassen[3]). Guten Glauben wird man aber jedenfalls da nicht als gegeben erachten können, wo nach der Natur der Sache und nach gewöhnlichem menschlichem Ermessen hinreichende Verdachts- oder Zweifelsgründe bestanden und der Betreffende sich gleichwohl über diese hinweggesetzt oder es unterlassen hat, die zur Erforschung der Wahrheit geeigneten Mittel anzuwenden[4]). Dagegen besteht eine allgemeine Prüfungs- oder Erkundigungspflicht keinesfalls[5]). Meist tritt die grobe Fahrlässigkeit in mehr oder minder starker Annäherung an Dolus in der Form der bewußten Fahrlässigkeit auf, wie insbesondere in solchem Fall, wenn gar der Erwerber Nachforschungen in der Absicht unterließ, sich seinen „guten Glauben" zu bewahren.

Auch als ein rechtsirrtümlicher kann guter Glaube sehr wohl vorhanden sein, falls nur der Rechtsirrtum relativ entschuldbar, d. h. kein grobfahrlässiger ist. Die Möglichkeit der Entschuldbarkeit aber ist auch beim Rechtsirrtum anzuerkennen[6]).

---

[2]) Vgl. Protokolle I, S. 187 u. Motive I, S. 207.

[3]) Wendt im „Archiv für zivilistische Praxis" Bd. 87, S. 450; Bd. 89, S. 8.

[4]) So Urteil des obersten Landesgerichts für Bayern, in Seufferts Archiv Bd. 50, Nr. 257.

[5]) Staub ad § 366 Anm. 22; Kober (in Staudingers Kommentar zum B.G.B. III) ad § 932, II, 1. b; ferner Düringer und Hachenburg a. a. O. ad § 366, S. 462f. 3 b, da es im Verkehr nicht üblich sei, den Veräußerer über sein Veräußerungsrecht zu befragen.

[6]) Kober ad § 932, II, 1 b; Staub ad § 366, Anm. 23; Dernburg a. a. O. § 98, 5; Motive I, S. 281, § 146; Wendt a. a. O. Bd. 89, S. 59 a.

2. Der zur Berücksichtigung bei der Verpfändung gesetzlich notwendige Inhalt des guten Glaubens.

§ 4.

A. Beim Erwerb vom Nichteigentümer.

I. Im Regelfall.

1. Der gute Glaube als eine relativ entschuldbare Unkenntnis findet eine rechtliche Berücksichtigung nur dann, wenn er einen gesetzlich bestimmt vorgeschriebenen Inhalt hat. Bei der Eigentumsübertragung durch einen Nichteigentümer muß der Inhalt nach der Definition in § 932, II der sein, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehöre. Der § 1207 erklärt den § 932 für entsprechend anwendbar auf die Verpfändung. Es fragt sich für uns deshalb in erster Linie, ob wir den § 932, II in seinem Wortlaut unverändert auch auf die Verpfändung anwenden können oder ob die analoge Anwendung auf diesen anderen Rechtsbegriff eine Änderung des § 932 II nötig macht.

Gemäß den §§ 1205, 1206 ist, entsprechend den §§ 929 ff. bei der Eigentumsübertragung, nur der Eigentümer fähig, kraft eigenen Rechts ein Pfandrecht an einer Sache zu begründen. Ein Pfandgläubiger könnte zwar ein Pfandrecht kraft eigenen Rechts bestellen an seinem Pfandrecht, nämlich mittelbar durch Verpfändung der pfandrechtlich gesicherten Forderung (§§ 1274, 1250), nicht aber an der Sache selbst. Seine Verfügungsmacht erstreckt sich nur auf sein Recht[1]). Sein Recht aber gewährt ihm seinem Inhalte nach noch nicht die Macht, über die Sache zu verfügen[2]). Ein Nießbraucher schließlich kann aus dem gleichen Grund kein Pfandrecht

[1]) Daher kann er z. B. auch das bereits bestehende Pfandrecht nebst Forderung auf einen anderen übertragen, § 1250.

[2]) Vgl. hierzu Weyl, „Hat der Pfandgläubiger das Recht der Weiterverpfändung", Erlanger Dissertation 1898.

kraft seines Rechtes an der Sache bestellen, dieser selbst an seinem Rechte, dem Nießbrauch nicht (§§ 1274, II, 1059).

Nun ersetzt aber nach dem in § 932 II ausgesprochenen Prinzip der gute Glaube lediglich und gerade das Nichtvorhandensein derjenigen Berechtigung, die notwendige Voraussetzung ist für den Rechtserwerb vom Berechtigten. Daher auch beim Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten, gerade so wie beim Eigentumserwerb in der Regel das Eigentum. Gemäß dem Prinzip des § 932, II ersetzt aber der gute Glaube die erforderliche Berechtigung nur dann, wenn er gerade diese zum Inhalt hat. Daraus ergibt sich denn, daß auch die bona fides des Pfandrechtserwerbers zum regelmäßigen Inhalt haben muß, daß die Sache dem Veräußerer [3]) (Verpfänder) gehöre oder mit anderen Worten, daß die entsprechende Anwendung des § 932, II keine Änderung desselben notwendig macht für die entsprechenden Fälle der Verpfändung.

Zugleich gewinnen wir den Gegensatz, den Begriff des bösen Glaubens, der den Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten ausschließt als die Kenntnis, resp. grobfahrlässige Unkenntnis, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehöre. Jedoch nur den Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten zu hindern, ist eine derartige mala fides imstande. Hielt der Pfandgläubiger den Verpfänder für einen Nichteigentümer, wiewohl jener der Eigentümer war, so erwirbt er trotz seines „bösen Glaubens" das Pfandrecht. Hier liegt ja begrifflich gar kein böser Glaube vor. Der böse Glaube besteht in der Kenntnis bezw. grobfahrlässigen Unkenntnis, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört (siehe oben). Die „Kenntnis" aber, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehört, kann

---

[3]) Der Veräußerer ist dann in einem weiteren, den Verpfänder mitumfassenden Sinne zu verstehen.

unmöglich dann vorhanden sein, wenn die Sache dem Verpfänder wirklich gehört. Denn „Kenntnis" setzt begrifflich eine objektive Wahrheit, tatsächliches Zutreffen ihres Inhalts voraus. Daher handelt es sich in einem solchen Fall höchstens um ein irrtümliches Meinen. Ein solches aber fällt nicht unter § 932, II.

Aber wenn man davon sogar absehen wollte, so liegt doch bei einer derartigen Sachlage stets ein Erwerb vom Eigentümer selbst vor, also eine reine Singularsukzession, während nur der Erwerb vom Nichteigentümer und gerade dieser zu seiner Rechtsbeständigkeit des guten Glaubens bedarf[4]). In solchem Fall kommt darum der alte Satz zur Geltung: Plus est in re, quam in existimatione[5]).

2. Der gute Glaube muß zum regelmäßigen Inhalt haben, daß die Sache dem Verpfänder gehöre, um für den Pfandrechtserwerber dieselbe rechtliche Wirkung hervorzubringen, wie wenn er vom Berechtigten erworben hätte. Dies gilt in allen Fällen, in denen der Besteller Nichteigentümer ist und darum natürlich auch dann, wenn er einen Schein des Eigentums deshalb für sich hat, weil ihm die Sache auf Grund eines nichtigen Übereignungsvertrags übertragen worden war[6]). Der nichtigen steht die bereits angefochtene Übereignung gleich § 142, I und daher auch der Kenntnis resp. grobfahrlässigen Unkenntnis der Nichtigkeit die Kenntnis resp. grobfahrlässige Unkenntnis der bereits erfolgten Anfechtung, da ein etwaiger Rechtsirrtum über die Bedeutung der Anfechtung wohl immer ein unentschuldbarer sein dürfte. Wie steht es nun aber dann, wenn der Vertrag nicht von vornherein nichtig auch zur Zeit der Pfandrechtsbestellung

---

[4]) Vgl Staub ad § 366, Anm. 29 und u. § 9. I. der Abh.

[5]) Ad § 932, 2, am Ende bei Biermann, Komm. III.

[6]) Vgl. Biermann ad § 932, 6 f.

noch nicht angefochten, sondern nur anfechtbar war, weil z. B. die Übereignung auf Irrtum, arglistiger Täuschung oder Zwang beruhte?

Erfolgt in solchem Fall die Anfechtung nicht, so ist und bleibt der Gegenkontrahent Eigentümer und ein etwa von ihm bestelltes Pfandrecht besteht zu Recht. Wird dagegen die Übereignung angefochten, so ist sie als von Anfang an nichtig anzusehen § 142, I. Es ist so anzusehen, wie wenn der Traditionsempfänger niemals Eigentümer gewesen wäre. Es fragt sich nun, wirkt diese Anfechtung grundsätzlich auch gegen den Rechtsnachfolger so, daß ein Pfandrechtserwerb von dem in anfechtbarer Weise Berechtigten nunmehr anzusehen wäre als ein Rechtserwerb vom Nichtberechtigten oder wirkt sie grundsätzlich gegenüber dem Rechtsnachfolger nicht, sondern nur ausnahmsweise unter der Voraussetzung des § 142, II.

In ersterem Fall kämen die §§ 932, I, 1, 1207 zur Anwendung, wonach der Rechtserwerb als ein solcher vom Nichtberechtigten dann zu Recht bestünde, wenn der Erwerber zur Zeit des Erwerbs in gutem Glauben gewesen war. Der gute Glaube aber könnte in solchem Fall nicht zum Inhalt haben müssen, daß die Sache dem Verpfänder gehört, da sie ja zur Zeit der Pfandbestellung dem Verpfänder wirklich gehört hat und es nur nachträglich so anzusehen ist, wie wenn sie ihm niemals gehört hätte. Ein solcher Inhalt hätte ja den damaligen Tatsachen entsprochen und damit dem Begriff der bona fides selbst widersprochen. Ebenso wäre aber auch ein böser Glaube entsprechenden Inhalts unmöglich gewesen gemäß unseren obigen Erörterungen [7]). Hier greift dann ergänzend der § 142, II ein, wonach derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, so zu behandeln

---

[7]) Vgl. oben S. 19 f.

ist, wie wenn er die Nichtigkeit gekannt hätte oder hätte kennen müssen, also wie wenn der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung nicht Eigentümer gewesen wäre und der Erwerber dies gewußt hätte oder hätte wissen müssen, mit anderen Worten, wie wenn er (mindestens grobe Fahrlässigkeit vorausgesetzt) dem Sinn und Wortlaut des § 932, II entsprechend bösgläubig gewesen wäre. Oder wie man dies wohl auch anders ausdrücken kann: zum bösen Glauben ist hier erforderlich und genügend die Kenntnis resp. unentschuldbare[8]) Unkenntnis, daß der Verpfänder in anfechtbarer Weise berechtigt ist. Hieraus wäre dann wieder andrerseits der Rückschluß zu ziehen, daß bei entschuldbarer Unkenntnis der Anfechtbarkeit der Erwerber so zu behandeln ist, wie wenn er gemäß §§ 932, I, 1, 1207 in bona fide vom Nichteigentümer erworben hätte oder gleichfalls anders ausgedrückt, zum guten Glauben ist hier erforderlich und genügend die entschuldbare Unkenntnis davon, daß der Verpfänder in anfechtbarer Weise berechtigt ist. Dazu ist jedoch noch zu bemerken, daß nach § 142, II jedes Kennenmüssen, also jedes fahrlässige Nichtkennen der Anfechtbarkeit (§ 122, II) jeder fahrlässigen Unkenntnis der Nichtigkeit gleichsteht. Doch wird man dies im Sinne des § 142, II dahin verstehen müssen, daß immer das im konkreten Fall vorliegende bestimmte Maß von Fahrlässigkeit bei Unkenntnis der Anfechtbarkeit so zu behandeln ist, wie wenn gerade diese Unkenntnis mit ihrem konkret bestimmten Fahrlässigkeitsgrad zum Inhalt statt der Anfechtbarkeit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gehabt hätte. Dies ergibt: wer leichtfahrlässig die Anfechtbarkeit nicht kannte, ist gerade so zu behandeln wie derjenige, der leicht-

[8]) Hier und im folgenden wird „entschuldbar" stets in dem in § 3 Anm. 1 festgestellten Sinne von relativ entschuldbar gebraucht. In diesem Sinne ist daher entschuldbar und unverschuldet nicht dasselbe.

fahrlässig die Nichtigkeit nicht kannte. Wer erstere grobfahrlässig nicht kannte, gerade so, wie wenn er letztere grobfahrlässig nicht gekannt hätte. Dagegen ist nicht etwa gleichzustellen irgendein beliebiges Maß von Fahrlässigkeit bei Unkenntnis der Anfechtbarkeit irgendeinem andern davon auch graduell ganz verschiedenem Maß bei Unkenntnis der Nichtigkeit. Daraus ergibt sich, daß leichtfahrlässige Unkenntnis der Anfechtbarkeit so zu behandeln ist, wie leichtfahrlässige Unkenntnis der Nichtigkeit, auf Grund dieser Gleichstellung aber erstere so wenig wie letztere mala fides begründen kann[9]).

Wenn wir uns dagegen auf den zweiten Standpunkt stellen und der Anfechtung die rückwirkende Kraft gegenüber dem Rechtsnachfolger absprechen, so ist trotz erfolgter Anfechtung und trotz § 142, I der Pfandrechtserwerb anzusehen als ein Erwerb vom Eigentümer und daher als der der Regel des § 1205 vollkommen entsprechende makellose Erwerb. Nur dann, wenn der Erwerber die Anfechtbarkeit kannte oder hätte kennen müssen, wirkt die erfolgte Anfechtung auch gegenüber dem Rechtsnachfolger und bewirkt, daß dieser so zu behandeln ist, wie wenn er die Nichtigkeit gekannt hätte oder hätte kennen müssen, also so, wie wenn der Übertragungsakt nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig gewesen wäre und er dies gewußt oder grobfahrlässig resp. leichtfahrlässig nicht gewußt hätte. Bei Wissen bezw. grobfahrlässigem Nichtwissen wäre er dann so zu behandeln, wie wenn er bösgläubig gewesen wäre und infolgedessen gemäß §§ 932, I, 1, 1207 nicht erworben hätte. Dagegen bei leichtfahrlässiger Unkenntnis so, wie wenn er in gutem Glauben vom Nicht-

---

[9]) A. A. F. Meilhaus, „Der Eigentumserwerb nach dem allgemeinen deutschen H.G.B. Art. 306, 307 u. dem B.G.B. §§ 932—936", Tübinger Dissertation 1899, S. 139, Anm. 1.

eigentümer gemäß §§ 932, I, 1, 1207 erworben hätte und schließlich bei unverschuldeter Unkenntnis überhaupt nicht so, wie wenn er vom Nichteigentümer, vielmehr so, wie wenn er vom Eigentümer gemäß § 1205 erworben hätte[10]).

Ich kann nun aber nicht glauben, daß es im Sinne des Gesetzes gelegen war, einer so unfruchtbaren Unterscheidung wie der zwischen leichtfahrlässiger und unverschuldeter Unkenntnis irgendwelche, wenn auch nur theoretische Bedeutung beizumessen. Vielmehr glaube ich, daß die erstere oben S. 21—23 erörterte Auffassung das Richtige trifft und in der Fassung des § 142, II sich gewissermaßen die Fassung des § 932, I, 1 widerspiegelt, insofern auch dort lediglich der böse Glaube „als Hindernis sonst eintretenden Erwerbs" erscheint, während der Umstand, daß der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten, als solcher ein ausnahmsweiser ist, wie in § 932, I, 1, so entsprechend auch in § 142 nicht besonders betont ist.

Daß der § 142, II auch die leichtfahrlässige Unkenntnis mit umschließt ist eine weitere Fassung, die ja in anderen Fällen, wo es sich nicht gerade um sachenrechtliche Sukzession handelt, einmal praktisch werden kann, für unseren Anwendungsfall jedoch ohne besondere Bedeutung ist[11])[12]).

---

[10]) Dies scheint mir die von Wendt im „Archiv für zivilistische Praxis" Bd. 89, S. 55 f. vertretenen Ansicht zu sein.

[11]) Vgl. das von Schloßmann, „Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache" in § 6, S. 19 oben angeführte Beispiel, der allerdings bezüglich der Frage nach der Anfechtbarkeit dinglicher Verträge auf ganz anderem Standpunkt steht, vgl. a. a. O. S. 16 ff.

[12]) Vgl. im übrigen Neuburger § 10, II; Fischer und Henle, Handausgabe des B.G.B. ad § 142 Anm. 6, ad § 932 Anm. 9; Motive z. B.G.B. I, § 112, S. 220; Biermann ad § 932, 6 f.; Planck ad § 932, 2, Abs. 3; Cosack II, S. 121 oben; Ramdohr, „Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im

II.

„Die Steigerung der gewöhnlichen Regeln" beim Erwerb, der zur Basis einen unrichtigen Erbschein, ein unrichtiges Testamentsvollstreckerzeugnis, ein unrichtiges Zeugnis über die Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft oder eine irrige Todeserklärung hat.

Wie im Immobiliarverkehr das Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs, so genießt auch im Mobiliarverkehr das Vertrauen auf die Richtigkeit gewisser amtlicher Zeugnisse einen erhöhten Schutz. Es mag dies damit zusammenhängen, daß hier das Publizitätsprinzip in höherem Maße gewahrt ist, insofern als neben dem Besitz auch noch die behördliche Autorität im richterlichen Zeugnis bezw. im richterlichen Urteil (vgl. Z.P.O. § 970, II) als Bürge erscheint für das Recht der durch sie als Berechtigte dokumentierten Personen. Das B.G.B. selbst spricht in diesen Fällen nicht von einem Erwerb in gutem Glauben mit Recht, insofern die Behandlung dieser Fälle in wesentlichen Punkten abweicht von den Bestimmungen, die das B.G.B. als Regel für den gutgläubigen Erwerb an Mobilien aufstellt. Das B.G.B. kleidet vielmehr ebenso wie bei den entsprechenden Vorschriften über den guten Glauben im Grundbuch seine Bestimmungen in die Form einer Fiktion und läßt den Rechtserwerb namentlich um des Irrtums der Behördewillen eintreten. Trotzdem besteht eine tiefere innere Verschiedenheit keinesfalls und der Vollständigkeit halber wollen wir auch diese Fälle trotz ihrer Eigenheiten in unserem Zusammenhang behandeln.

Da aber hier selbst ein grobfahrlässiges Nichtwissen geschützt wird, so daß sich das geschützte Vertrauen auf die

---

B.G.B." in Gruchots Beiträge (1900), Bd. 44, S. 141 u. S. 671; Kober ad § 932, II, 1 c; Windscheid I, S. 434, II, 1; Crome III, S. 219.

Richtigkeit der behördlichen Akte nicht mehr mit dem Begriff des guten Glaubens im Sinne des Gesetzes (vgl. § 3 der Abh.) deckt, wollen wir im folgenden für diese Fälle den Begriff eines rechtlich geschützten Vertrauens einführen.

1. Beim Erbschein.

Ist einem Dritten ein Pfandrecht bestellt worden an einer zur Erbschaft gehörigen Sache von dem im Erbschein als Erben Bezeichneten, so gilt, auch wenn dieser der wahre Erbe nicht ist, zugunsten des Erwerbers der Inhalt des Erbscheins für richtig und zwar in dem Umfang, daß einmal der im Erbschein als Erbe Bezeichnete ihm gegenüber als Erbe und ferner, daß er als Erbe in dem im Erbschein angegebenen Umfang gilt, es sei denn, daß der Erwerber dieses rechtlichen Schutzes unwürdig ist (§§ 2366, 2365). Unwürdig ist dieser jedoch nur dann, wenn er zur Zeit des Pfandrechtserwerbs die Unrichtigkeit des Inhalts des Erbscheins kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Ein grobfahrlässiges Nichtwissen schadet dagegen nichts. Denn in solchem Fall wäre der § 932, II resp. § 1207 deshalb nicht heranzuziehen, da diesem als der lex generalis der § 2366 als lex specialis vorgeht[13]).

Kenntnis von der Unrichtigkeit des Erbscheinsinhalts ist beispielsweise dann vorhanden, wenn der Dritte weiß, daß die Verfügung von Todeswegen, auf Grund deren der Erbschein erteilt ist, nichtig und der darin Bezeichnete auch nicht aus einem anderen Grunde Erbe ist. Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Verfügung steht nach erfolgter Anfechtung der Kenntnis der Nichtigkeit gleich § 142, II und

[13]) v. Reibnitz, „Der öffentliche Glaube des Erbscheins", Rostocker Dissertation 1902, S. 50 u. Neuburger a. a. O. S. 35, Abs. 3.

damit auch gleich der Kenntnis der Unrichtigkeit des Erbscheinsinhalts. Kenntnis der erfolgten Anfechtung ist nicht erforderlich. Ein Kennenmüssen der Anfechtbarkeit ist nur zu behandeln wie ein Kennenmüssen der Nichtigkeit und ist demnach gleich letzterer als Unkenntnis der Unrichtigkeit des Erbscheinsinhalts anzusehen[14]). Andere Fälle von Kenntnis der Unrichtigkeit des Erbscheinsinhalts sind beispielsweise, wenn der Erwerber bei gesetzlicher Erbfolge weiß, daß der „Zeugniserbe" gar nicht der nächstberechtigte Intestaterbe ist oder wenn er dies zwar ist, der Erwerber aber weiß, daß er schon einmal früher auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat (§ 2346) und ähnliches. Bezüglich der Kenntnis des Umstands, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat, vgl. im einzelnen von Reibnitz S. 57 ff.

Voraussetzung für den erhöhten Schutz ist, daß der Erbschein ein gültiger ist, daß er insbesondere nicht gefälscht, für kraftlos erklärt oder eingezogen (§ 2361) ist. Ist der Erbschein etwa gefälscht, so liegt ja gar kein Erbschein nach § 2353 und daher auch kein solcher im Sinne des § 2366 vor. Ist er eingezogen oder für kraftlos erklärt, so liegt ein solcher nicht mehr vor. Es greift daher in solchen Fällen nur der reguläre Schutz des § 1207 Platz[15]).

Liegt dagegen ein gültiger Erbschein vor, so ist es für den stärkeren Schutz des § 2366 keineswegs Voraussetzung, daß dem Erwerber beim Abschluß des Rechtsgeschäfts der Erbschein vorgelegt werden war, ja er braucht überhaupt nichts davon gewußt zu haben, daß seinem Auktor ein Erbschein erteilt ist. Dem entspricht es auch, daß der Dritte den erhöhten Schutz selbst dann genießt, wenn er annahm,

[14]) Übst. Neuburger S. 100, Anm. 1; a. A. v. Reibnitz S. 56.

[15]) v. Reibnitz S. 23, Abs. 4; Wendt a. a. O. S. 60; Ramdohr a. a. O. S. 819, Abs. 2.

daß der Scheinerbe aus eigenem Recht handle, während dieser als Erbe auf Grund seines Erbscheins handeln wollte[16]).

Hat dagegen der „Zeugniserbe" nicht in seiner Eigenschaft als solcher, vielmehr in der Meinung verpfändet, kraft eigenen Rechts hierzu befugt zu sein, so behauptet v. Reibnitz[17]) unter Berufung auf die Motive, daß, gleichgültig, ob der Erwerber dies wußte oder nicht, nur der reguläre Schutz des § 1207 nicht der erhöhte des § 2366 in Betracht kommt. Allein ich glaube, daß man hier eine Einschränkung machen muß für den Fall, daß der Erwerber glaubte, von dem Legitimierten in seiner Eigenschaft als Erbe zu erwerben und der Scheinerbe tatsächlich lediglich auf Grund des ihm erteilten Erbscheins seine Verfügungsmacht über die Erbschaftssache erlangt hatte[18]). In solchem Fall kann m. E. die ganz subjektive Meinung des Scheinerben, kraft eigenen Rechts zu Verfügungen über die Sache befugt zu sein, wenn dem die objektive Rechtslage so entschieden widerspricht, nicht die Macht haben, den erhöhten Schutz des Vertrauens auf die Richtigkeit des Erbscheins auszuschließen. Wenn sich v. Reibnitz zur Stützung seiner Ansicht auf den Satz 4 der Motive auf Seite 572 beruft, so wird man den Motiven gegenüber geltend machen müssen, daß es an einem Anlaß zu einem besonderen Schutz des Dritten dann kaum fehlen dürfte, wenn die Sache objektiv Erbschaftssache war, der Erwerber diesen Umstand kannte, von der Erteilung des Erbscheins wußte und aus dem Verhalten des Rechtsbestellers nicht zu entnehmen war, daß er bei seiner Verpfändung davon ausging, die Sache gehöre ihm schon an sich.

---

[16]) Motive Bd. V, S. 570 oben u. S. 569 unten; v. Reibnitz S. 26, Abs. 4 u. S. 25 oben; Motive S. 572.

[17]) v. Reibnitz S. 23f.

[18]) Rehs, „Der Erbschein" S. 40, nach dem Zitat von v. Reibnitz S. 24.

Hier ist m. M. n. dem Erwerber der erhöhte Schutz ebensowenig zu versagen wie etwa dann, wenn der Scheinerbe bei der Verpfändung willens war, die Sache kraft eigenen Rechts zu verpfänden und er sich vielleicht auch dementsprechend gerierte, wiewohl er ebensogut wußte, daß der Erbscheinsinhalt unrichtig war, als auch, daß ihm ein eigenes Recht an der Sache nicht zustand. In solchem Fall kann es doch jedenfalls nicht von seinem puren Mutwillen abhängig sein, den stärkeren Schutz des Erwerbers auszuschließen.

Ist dem falsus heres ein Erbschein erteilt und halten sowohl der Scheinerbe wie der Erwerber die Sache für eine Erbschaftssache, wiewohl sie eine solche nicht ist, so kommt nur der gewöhnliche Schutz des § 1207 dem Pfandgläubiger zugute[19]) jedoch mit folgender Modifikation: Hat er auf die Richtigkeit des Erbscheins vertraut, so gilt gemäß § 2366 ihm gegenüber der Verpfänder als der Erbe, selbst wenn ihn der Vorwurf grober Fahrlässigkeit treffen sollte, wogegen aber der Erwerber in entschuldbarer, also nicht grobfahrlässiger Unkenntnis gewesen sein muß in der Hinsicht, daß der Erbe als solcher Nichteigentümer der betreffenden Sache sei, mit anderen Worten, daß diese keine Erbschaftssache sei.

Dasselbe gilt auch, wenn bei gleicher Sachlage der Scheinerbe zwar gewußt hat, daß die Sache keine Erbschaftssache sei, aber in seiner Eigenschaft als „Zeugniserbe" über sie verfügt hat, wie wenn sie Erbschaftssache wäre.

Hierzu ist ergänzend zu bemerken, daß unter Erbschaftssachen[20]), nur zur Erbschaft gehörige Sachen, d. h. solche zu verstehen sind, die dem Erblasser zur Zeit des Erbfalls gehört haben. War dem Erblasser die Sache nur anver-

[19]) Neuburger S. 35, Abs. 3.

[20]) Erbschafts-„Gegenstände" sind Erbschaftssachen und Erbschaftsforderungen. Für uns kommen nur erstere in Betracht.

traut z. B. geliehen, vermietet gewesen so erwirbt trotz eines dem falsus heres erteilten Erbscheins der Erwerber ein Pfandrecht nur dann, wenn er entweder entschuldbar glaubt, daß sein Verpfänder ohne Rücksicht auf seine Scheinerbenqualität an sich schon ihr Eigentümer sei oder wenn er entschuldbar glaubt, daß sie dem Erblasser gehört habe, deshalb jetzt seinem Erben gehöre und er andrerseits wenn auch grobfahrlässig auf die Richtigkeit des Erbscheins vertraut, resp. von der Erteilung eines solchen zwar nichts weiß, aber den heres falsus[21]) für den wahren Erben hält (§§ 1207, 2366).

Hervorzuheben ist schließlich noch, daß da, wo der erhöhte Schutz des Erbscheins eintritt, § 935 für wirkliche Erbschaftssachen nicht zur Anwendung kommen kann[22]). Auch an solchen Sachen, die etwa bereits in den Besitz des wahren Erben oder dritter an ihnen berechtigter Personen[23]) gekommen waren, diesen aber vom Scheinerben gestohlen oder auf andere Weise abhanden gekommen[24]) und in den Besitz des Scheinerben gelangt sind, ist auf Grund des Erbscheins ein Pfandrechtserwerb vom Scheinerben möglich. Aber auch hier ist zu bemerken, daß keine Erbschaftssachen solche Sachen sind, die dem Erblasser nicht gehört haben. An solchen Sachen ist, wenn sie etwa ihrem wahren Eigentümer gestohlen oder sonst abhanden gekommen waren, selbst dann ein Erwerb unmöglich, wenn bereits der sie gutgläubig erwerbende Erblasser vermeint hatte, ihr wirklicher Eigentümer zu sein. Zwar gilt auch hier der im Erbschein Bezeichnete

---

[21]) D. h. den im Erbschein als Erben Bezeichneten.

[22]) So auch Neuburger S. 36c.

[23]) Z. B. Vermächtnisnehmer, denen der im Besitz befindliche wahre Erbe die vermachte Sache bereits übergeben hatte, während im Erbschein von einer derartigen Beschränkung des Erben gar keine Rede ist.

[24]) Im Sinn des § 935.

als Erbe § 2366. Allein trotz vorhandener bona fides gemäß § 932, II, daß der Erbe als solcher der Eigentümer sei (§ 1207), ist hier im Gegensatz zu oben auf Grund des gleichfalls anwendbaren § 935 ein Pfandrechtserwerb ausgeschlossen[25]).

Im übrigen ist die Beweislast auch hier wie in § 932 dahin geregelt, daß bona fides zu präsumieren ist[26]).

Bezüglich des Erwerbs auf Grund mehrerer gültiger, sich jedoch inhaltlich widerstreitender Erbscheine durch verschiedene Personen an derselben Erbschaftssache vgl. v. Reibnitz S. 77[27]).

2. Beim Testamentsvollstreckerzeugnis[28]).

Auf das den Motiven noch unbekannte[29]) Testamentsvollstreckungszeugnis, das gemäß § 2368, I die Ernennung und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers enthält, finden die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung § 2368, III.

Demnach gilt der im Zeugnis als Testamentsvollstrecker Bezeichnete zugunsten eines Pfandrechtserwerbers einmal als der wahre Testamentsvollstrecker und zum andern in dem Umfang wie ein solcher befugt, als ihm Rechte in dem Zeugnis eingeräumt sind, es sei denn, daß der Erwerber die Unrichtigkeit des Zeugnisinhalts kennt oder weiß, daß

---

[25]) Dies wohl auch die Ansicht Neuburgers a. a. O. S. 36c.

[26]) Vgl. die Fassung in § 2366 „es sei denn, daß . . .“ und die Bemerkungen oben S. 12.

[27]) Vgl. überhaupt: Wendt S. 58 f., Hachenburg „Vorträge“ S. 280 ff.

[28]) Streng genommen hätte der Schutz des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht hier seine Stelle, sondern unten sub § 8, S. 63 d. Abh., allein wegen seiner dem Erbschein ähnlichen Bedeutung möge hier seine Behandlung gestattet sein.

[29]) Vgl. Motive V, S. 222, Abs. 1.

das Nachlaßgericht die Rückgabe des Zeugnisses wegen Unrichtigkeit verlangt hat. Eine Besonderheit hat jedoch das Testamentsvollstreckerzeugnis gegenüber dem Erbschein. Es wird nämlich mit der Beendigung des Amts des Testamentsvollstreckers[30]) von selber kraftlos[31]) ohne besondere Kraftloserklärung. So wenig wie ein kraftloser Erbschein genießt aber ein kraftloses Testamentsvollstreckerzeugnis den erhöhten Schutz. Demzufolge kann sich der Dritte zwar darauf verlassen, daß später keine teilweisen Veränderungen in den Befugnissen des Testamentsvollstreckers erfolgt sind, allein keine Garantie bietet das Zeugnis dafür, daß das Rechtsverhältnis nicht schon vollständig beendigt ist[32]).

Sonst gilt im einzelnen hier entsprechend das Gleiche, wie das oben sub 1 zum Erbschein Bemerkte.

3. Beim Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft.

Denselben gesteigerten Schutz, wie der Glaube an den Erbschein genießt auch der Glaube an das vom Nachlaßgericht dem überlebenden Ehegatten auf dessen Antrag erteilte Zeugnis über die Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft. § 1507.

Ist einem Dritten ein Pfandrecht bestellt worden an einer an sich zum Gesamtgut (§ 1485) der Gütergemeinschaft gehörigen Sache von der Person, die im Zeugnis als der überlebende Ehegatte bezeichnet ist, so gilt zugunsten des Erwerbers der Inhalt des Zeugnisses für richtig insoweit, daß die im Zeugnis bezeichnete Person ihm gegenüber als der überlebende Ehegatte und die Gütergemeinschaft als eine

---

[30]) Vgl. §§ 2225—2227.

[31]) § 2368, III.

[32]) Vgl. Fischer-Henle ad § 2368; Ramdohr a. a. O. 819f.; Hachenburg, „Vorträge“ S. 284f.

mit diesem fortgesetzte für eingetreten gilt, es sei denn, daß der Erwerber zur Zeit des Pfandrechtserwerbs die Unrichtigkeit des Zeugnisses kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Zeugnisses wegen Unrichtigkeit verlangt hat, §§ 1507, 2366. Kenntnis der Unrichtigkeit des Zeugnisinhalts liegt aber sowohl dann vor, wenn der Erwerber weiß, daß die Zeugnisperson gar nicht der überlebende Ehegatte ist, wie auch dann, wenn dies zwar zutrifft, aber eine fortgesetzte Gütergemeinschaft in Wirklichkeit gar nicht eingetreten ist und hiervon der Erwerber Kenntnis hatte. Er weiß z. B., daß der überlebende Ehegatte sich das Zeugnis erschlichen hat[33]).

Sonst gilt auch hier im einzelnen das oben sub 1 beim Erbschein Bemerkte entsprechend.

4. Bei irriger Todeserklärung.

Die Basis des erhöhten Schutzes ist hier das auf ein Aufgebot hin ergangene richterliche Urteil, insofern es feststellt, daß und wann jemand gestorben ist. Hat derjenige, der bei Richtigkeit dieser Feststellung Erbe wäre[34]), eine Erbschaftssache verpfändet, so gilt er zugunsten des Dritten auch ohne Erteilung eines Erbscheins als Erbe, die Verpfändung ist also wirksam, selbst dann, wenn die für tot erklärte Person den Zeitpunkt überlebt hat, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt oder wenn sie vor diesem gestorben ist, falls nicht der Erwerber die Unrichtigkeit der Todeser-

---

[33]) Vgl. Wendt a. a. O. S. 59 unten.

[34]) War dagegen der als Erbe des Verschollenen Auftretende überhaupt nicht zur Erbschaft berufen, so deckt den Erwerber sein guter Glaube an die Todeserklärung nicht, es sei denn, daß zu dieser ein Erbschein dieses unrichtigen Inhalts hinzutritt, Hachenburg, „Vorträge" S. 285 unten f.

klärung kennt oder weiß, daß die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist. § 2370.

Dies hat zur Folge, daß weder derjenige, der die irrige Todeserklärung überlebt hat, selbst, noch andere Personen, die infolge des unrichtig festgestellten Todeszeitpunktes bei der Berufung zur Erbschaft übergangen waren und nunmehr ihr Erbrecht geltend machen mit rei vindicatio dem geschützten Erwerber gegenüber durchdringen[35]).

Sonst gilt auch hier im einzelnen entsprechend das oben sub 1 beim Erbschein Bemerkte.

III. Anhang.

Die Unmöglichkeit eines Pfandrechtserwerbs durch Übertragung trotz guten Glaubens an das Pfandrecht des übertragenden Nichtpfandgläubigers.

Im Gegensatz zum Eigentum kann das Pfandrecht sowohl konstitutiv als translativ erworben werden. Infolgedessen ist an dieser Stelle noch die Frage zu beantworten, ob denn nicht auch ein gutgläubiger translativer Pfandrechtserwerb vom Nichtpfandgläubiger, d. h. von einem solchen, der für einen Pfandgläubiger in bezug auf eine bestimmte Sache gehalten wird, ohne es zu sein, möglich ist.

Gemäß § 1250, I, 1 geht ein bestehendes Pfandrecht auch ohne Besitzübergabe mit der Übertragung der Forderung und nur mit dieser § 1250, I, 2 auf den neuen Gläubiger über, auch wenn letzterer hiervon gar nichts weiß, sei es, daß er die gesetzliche Bestimmung nicht kennt oder überhaupt nicht wußte, daß die Forderung pfandrechtlich gesichert war, ja möglicherweise selbst wider seinen Willen, falls nicht der Pfandrechtsübergang geradezu ver-

---

[35]) Wendt a. a. O. S. 60.

tragsmäßig ausgeschlossen worden war § 1250, II: Wir haben es hier zu tun mit einer cessio ex lege. Das Pfandrecht geht kraft Gesetzes über.

Zu unserer Frage erklären nun die Motive III. S. 837, 2, daß der Entwurf einen gutgläubigen Erwerb eines nicht bestehenden Pfandrechts ebenso wenig kenne wie den gutgläubigen Erwerb eines nicht bestehenden Nießbrauchrechts. „Bei dem Pfandrecht könnte vom einem solchen Erwerb noch weniger die Rede sein als bei dem Nießbrauch wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechts, nach welcher der Veräußerungsakt sich nur auf die Forderung beziehen und ein nicht bestehendes Pfandrecht, der Forderung nicht folgen kann. Die Motive haben hierbei den gutgläubigen Nießbrauchserwerb von Nichteigentümer, (nicht etwa vom Nichtnießbraucher (§ 1059, 1) im Auge, der nach den Motiven noch nicht geschützt war[36]). Nachdem nun aber nachträglich der Schutz des guten Glaubens auch auf den Nießbrauchserwerb ausgedehnt worden ist, verliert das Argument der Motive an Bedeutung[37]). Gleichwohl wird man im Resultate den Motiven zustimmen müssen.

Man möchte ja vielleicht zu der Argumentation geneigt sein: Beim Eigentum gibt es seiner Natur nach nur eine Form des derivativen Erwerbs, beim Pfandrecht seiner Natur entsprechend die zwei Möglichkeiten des konstitutiven und des translativen Erwerbs. Schützt man aber den guten Glauben analog dem Eigentumserwerb bei der Eigentumsübertragung auch beim Pfandrechtserwerb bei der Pfandrechtsübertragung, so muß man dies doch sowohl dann tun, wenn er den Inhalt hat, daß der Auktor kraft eigenen Rechts als Eigentümer fähig ist, es ins Leben zu rufen, quasi konsti-

[36]) Vgl. Motive III, § 983. 4.

[37]) Vgl. aber Kober ad § 1250 I, 1c.

tutiver[38]) Erwerb, als auch dann, wenn er zum Inhalt hat, daß das zu übertragende Recht als solches schon bestanden hätte beim Auktor als dem Pfandgläubiger, quasitranslativer Erwerb. Allein hiegegen ist einzuwenden:

Einmal, daß das Prinzip der Publizität für diese Form der Pfandrechtsübertragung nicht gewahrt ist (§ 1250), ein Umstand, der mit Rücksicht auf den Zusammenhang des Publizitätsprinzips mit dem Schutz des guten Glaubens den Schluß auf Ausfall auch des letzteren nahe legt[39]).

Zum anderen, daß § 1207 die entsprechende Anwendung der §§ 932 ff. nur anordnet für den Fall der „Verpfändung", d. h. einer Pfandrechtsneubegründung, also lediglich für den konstitutiven Erwerb und gelegentlich der Vorschriften über diesen; eine analoge Ausdehnung aber wohl unstatthaft ist für den Fall eines bloßen Forderungsübergangs, der an und für sich zwar den Mitübergang eines Pfandrechts auch ohne Tradition ipso iure infolge der akzessorischen Natur desselben bewirken kann, keineswegs aber auch nur notwendige Mitursache sein kann für die Entstehung eines solchen[40]). Daher würde, wollte man hier einen Erwerb in gutem Glauben zulassen, die Entstehung des Pfandrechts lediglich ihren Grund haben in der bona fides des Erwerbers. Das aber widerspricht offenbar der Tendenz des B.G.B., das einen gutgläubigen Erwerb prinzipiell nur kennt in solchen Fällen, in denen auch äußerlich

[38]) Auf die bekannte Kontroverse, ob der Erwerb in gutem Glauben ein originärer oder derivativer sei, einzugehen, liegt nicht im Sinn der Arbeit. Lediglich deshalb, weil er sich äußerlich in der Form des derivativen Erwerbs vollzieht, haben wir oben die Bezeichnung desselben als eines quasikonstitutiven resp. quasitranslativen gewählt.

[39]) Vgl. oben § 22 der Abh. II, 1a, S. 135 und Demelius an dem daselbst in Anm. 6, zitierten Orte.

[40]) Vgl. die Bem. der Mot. oben S. 35 d. Abh.

die Form der dinglichen Rechtsübertragung gewahrt sein muß [41]).

Schließlich kann man auch noch als einen inneren, rechtspolitischen Grund für die Regelung des B.G.B. vielleicht anführen, daß es zwar das Normale ist, wenn eine Sache in jemandes Eigentum steht, dagegen etwas Anormales und Seltenes, daß sie pfandbelastet ist. Insofern mag der gute Glaube an das Eigentum eher schutzwürdig sein, wie der gute Glaube an ein Pfandrecht des Auktors schon deshalb, weil das seltenere Vorkommen eines solchen auch den Schutz des guten Glaubens nicht so notwendig erscheinen läßt [42]) [43]) [44]).

---

[41]) Man kann dies vielleicht noch erhärten durch einen Hinweis auf das altgermanische Recht, als die Wurzel des modernen Prinzips, in welchem allem Anschein nach die bona fides überhaupt nicht, sondern lediglich die Übertragung des scheinbaren Rechts Basis des Rechtserwerbs von Nichtberechtigten war. Vgl. oben § 2 d. Abh.

[42]) Vgl. Neuburger § 5 I, Abs. vor 1.

[43]) Vgl. im übrigen Biermann Bem. ad § 1250 und § 1251 1. Abs. 2; Hachenburg „Vorträge" S. 140.

[44]) Wo darum der Erwerb vom vermeintlichen Pfandgläubiger geschützt ist und zwar als Eigentumserwerb, da ist er es nicht unter dem Gesichtspunkte des Vertrauens auf das Pfandrecht, sondern unabhängig davon auf Grund von Prinzipien, die mit dem Satz „Hand wahre Hand" nichts zu tun haben. So beim Erwerb in öffentlicher Versteigerung und beim freihändigen Erwerb von Marktpreiswaren nach Maßgabe des § 1244, wo der Vertrauensschutz sich auf den Umstand gründet, daß der Verkauf betrieben wird auf bestimmte Weise durch eine öffentlich ermächtigte Person. Daß nicht der Satz „Hand wahre Hand" dieser Regelung zugrunde liegt, zeigt sich einmal darin, daß die Bestimmung des § 1244 nicht blos gilt für anvertrautes, sondern auch für entwendetes Gut (§ 935 soll keine Anwendung finden) sowie namentlich darin, daß der Schutz auch demjenigen zu Teil werden soll, der zwar vom wahren Pfandgläubiger aber unrechtmäßig in gutem Glauben an die Rechtmäßigkeit der Veräußerung erwirbt. Wir haben es hier vielmehr mit einer

Immerhin bleibt noch die Frage, ob ein Schutz des guten Glaubens nicht wenigstens dann einzutreten hat, wenn zum Forderungsübergang hinzutritt oder diesem nachfolgt eine Übergabe der Sache, so daß insoweit dem Erfordernis der Verpfändung nach § 1205 ff. genügt wäre. Es war beispielsweise der Zedent beim „Erwerbe" seines Pfandrechts vom Nichteigentümer grobfahrlässig gutgläubig gewesen. Er überträgt seine Forderung auf einen Andern, der an das Pfandrecht des Cedenten entschuldbar glaubt, wobei beide, da sie die Bestimmung des § 1250 nicht kennen, dem Erfordernis des § 1205 durch Übergabe und Einigung zu genügen suchen und die bona fides in dem Zeitpunkt vorliegt, da jene Akte erfolgt sind.

Auch diese Frage wird von Hachenburg[45]) m. E. mit Recht verneint. Würde es sich um Erwerb vom wirklichen Pfandgläubiger handeln, so würde trotz einer begleitenden Tradition der Pfandrechtserwerb eintreten lediglich auf Grund und mit Zession der Forderung. Eine gleichzeitige oder nachfolgende Übergabe ist für die Rechtslage völlig unerheblich § 1250, I, 1. Eine selbständige Übertragung des Pfandrechts allein ist unbedingt ausgeschlossen § 1250, I, 2. Mit Recht erklärte nun Düringer und Hachenburg: Mangels der selbständigen Übertragung des Pfandrechts gibt es auch keinen selbständigen Erwerb in gutem Glauben." Denn angenommen, es könnte auf Grund einer nachfolgenden Übergabe und bona fides des Empfängers ein Pfandrecht vom Nichtpfandgläubiger erworben werden, so würde

---

Erscheinung zu tun, bei der man vielleicht mit mehr Recht eine gewisse Verwandtschaft entdecken dürfte mit dem Schutz beim Erbschein, insofern hier wie dort der Schutz anknüpft an das Mitwirken öffentlicher Persönlichkeiten.

[45]) „Vorträge" S. 140; vgl. auch Düringer u. Hachenburg II, ad § 366 S. 457.

dieser Erwerb eintreten in einem späteren Zeitpunkt als der Forderungsübergang und sei es auch nur um wenige Momente später. Da nun aber die Forderung bereits übergegangen ist, wäre dies ein Übergang des Pfandrechts ohne die Forderung, da es ja für die bereits übergegangene Forderung noch gar nicht bestanden hatte. Ein solcher aber ist nach § 1250, I, 2 unmöglich. Andererseits könnte sie auch nicht als quasi konstitutive Verpfändung nach § 1207 aufrecht erhalten werden, da eine solche gar nicht beabsichtigt war und daher dem Erfordernis der Einigung des § 1207 nicht genügt wäre. Außerdem aber müßte gemäß § 1207 eine bona fides des Inhalts verlangt werden, daß der Verpfänder der Eigentümer sei, die ebenfalls in solchem Fall nicht vorliegt.

Nun sind ja allerdings auch Fälle denkbar, in denen die Übergabe der Zession vorausging und die Einigung sich etwa gleichzeitig mit der Zession vollzog, so daß hier an sich das Pfandrecht mit der Zession auf Grund der bona fides des Erwerbers übergehen könnte. Allein, daß hiefür etwas prinzipiell anderes gelten sollte, als wenn die Übergabe nachfolgt, dafür ist doch kaum ein Grund erfindlich und darum kann es auch nicht im Sinn des Gesetzes gelegen sein.

B. Beim Erwerb von dem in seiner Verfügungsmacht Gebundenen.

§ 5.

I. Allgemeine Vorbemerkung.

In den bisher behandelten Fällen ersetzt der gute Glaube das fehlende Eigentum des Verpfänders. Nun kann es aber auch vorkommen, daß der Verpfänder zwar Eigentümer, aber gleichwohl in seiner Verfügungsmacht dermaßen

beschränkt ist, daß er trotz seines Vollrechts nicht im Stande ist, ein Pfandrecht an seiner Sache zu bestellen. Die Regel ist dies allerdings nicht. Die Regel ist es vielmehr, daß der Eigentümer vollverfügungsberechtigt ist. Und daher ist auch, wie Neuburger[1]) treffend hervorhebt, die fälschliche Annahme der Verfügungsmacht des Eigentümers eigentlich der verzeihlichste Irrtum. Es erscheint hier der gute Glaube fast in noch höherem Grade schutzbedürftig als im Normalfall. Der gute Glaube kann natürlich hier nicht zum Inhalte haben, daß der Verpfänder der Eigentümer sei. Dies ist ja in Wirklichkeit der Fall. Er erschöpft sich vielmehr in der entschuldbaren Unkenntnis der Schranken, durch die die Verfügungsmacht des Auktors trotz seines Rechts gehemmt ist. Dies kommt auch im Gesetz zum Ausdruck, insofern es in diesen Fällen die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten für nur „entsprechend" anwendbar erklärt[2]).

§ 6.

II. Bei Gebundenheit durch eine Bedingung oder einen Termin.

I. Die beschränkte Verfügungsmacht hat ihren Grund in einer Suspensivbedingung oder in einem dies a quo.

A. Die suspensiv bedingte oder betagte Übereignung ging aus vom Eigentümer §§ 161 I. und III., 163 oder dem Eigentumsanwärter.

1. Hat der Eigentümer seine Sache suspensiv bedingt oder betagt übereignet und während der Schwebezeit der Bedingung einem Dritten ein Pfandrecht an derselben bestellt, wiewohl dieser von der bereits erfolgten suspensiv be-

[1]) A. a. O. S. 37 oben.

[2]) Vgl. Hachenburg S. 135, Abs. 3.

dingten Verfügung Kenntnis hat, so befindet sich, wie das Recht seines Auktors, so auch sein Pfandrecht in einem Stadium der Schwebe. Wie das Recht des Auktors, so ist sein eigenes suspensiv bedingt resp. befristet. Er hat zunächst trotz seiner Kenntnis von der Gebundenheit des Rechts seines Rechtsurhebers ein Pfandrecht erworben und behält es auch, sobald sich entschieden hat, daß die Bedingung nicht eintritt, endgültig. Tritt aber die Bedingung ein, so endigt nicht nur das Eigentum des Auktors ex nunc § 158, sondern auch das von ihm bestellte Pfandrecht, insofern es die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung (in der Regel lastenfreier Eigentumserwerb) vereiteln oder beeinträchtigen würde § 161, I, 1. Auch der Pfandrechtserwerb wird zufolge der dinglichen Wirkung der Gebundenheit unwirksam, ebenfalls ex nunc und nicht mit rückwirkender Kraft. Daß die Nichtrückwirkung des Bedingungseintritts der Standpunkt des B.G.B. ist, ergibt sich, worauf Kipp[1]) aufmerksam macht, auch aus der Bestimmung des § 161, III. Denn käme der Bedingung rückwirkende Kraft zu, so wäre es so anzusehen, wie wenn der Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten erfolgt und demnach die §§ 932 ff., 1207 f. 2c. unmittelbar anwendbar wären. Dagegen schreibt aber der § 161, III (§ 163) eine „entsprechende" Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, vor.

Für uns kommt also eine entsprechende Anwendung des § 1207 in Betracht. Demnach modifiziert sich der gesetzlich notwendige Inhalt der bona fides dahin, daß der berechtigte Auktor in seiner Verfügungsmacht durch eine Bedingung nicht gebunden sei. Der Pfandgläubiger darf entschuldbar

[1]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts in 9. Aufl., Bd. I, S. 470 unter 2.

nichts wissen von einer bereits erfolgten suspensiv bedingten Übereignung, zum mindesten muß er entschuldbar annehmen, daß sich der Nichteintritt der Bedingung bereits entschieden habe. Für den weiteren denkbaren Fall, daß er hievon zwar Kenntnis hatte, aber den Umständen nach entschuldbar annehmen durfte, daß vertragsmäßig ein Vorbehalt gemacht war des Inhalts, daß der bisherige Eigentümer mit eventueller Wirksamkeit gegenüber dem bedingt Berechtigten dingliche Rechte an der Sache begründen dürfe, vgl. § 8, S. 67 d. Abh. Liegt eine bona fides obengenannten Inhalts vor, so bleibt die Verpfändung auch bei Eintritt der Bedingung bezw. des Termins rechtlich voll wirksam und belastet von nun an das Recht des an die Stelle des Vorgängers getretenen Eigentümers.

2. Würde dagegen während der Schwebezeit eine Verpfändung vorgenommen vom Eigentumsanwärter, so würde diese auf alle Fälle bei Eintritt der Bedingung konvalescieren nach § 185, II. Für die Frage, ob an sich bereits vorher ein Pfandrecht erworben war, insbesondere für die Frage, ob trotz entschiedenem Nichteintritt ein Pfandrecht erworben worden ist, kommt § 1207 in Betracht[2]), d. h. es kommt darauf an, ob beim Pfandrechtserwerb eine bona fides vorhanden war des Inhalts, daß der Auktor Eigentümer sei, sei es nun, daß dabei der Erwerber von einer Bedingung entschuldbar überhaupt nichts wußte oder doch entschuldbar annahm, daß sie bereits eingetreten sei.

B. Die suspensiv bedingte resp. betagte Übereignung ging aus vom Nichteigentümer.

Die Frage ist in ihrem ganzen Umfang in anderem Zusammenhang aufzuwerfen. Vgl. hiezu unten § 20, I d. Abh.

---

[2]) Wendt a. a. O. S. 52.

II. Die beschränkte Verfügungsmacht hat ihren Grund in einer Resolutivbedingung oder in einem dies ad quem.

A. Die resolutiv bedingte resp. betagte Übereignung ging aus vom Eigentümer, d. h. von demjenigen, dessen zum Rückfall geeignetes Eigentum mit dem Eintritt der Bedingung wieder endigt § 161, II oder vom Eigentumsanwärter.

1. Ging sie vom Eigentümer aus, so gilt analog das Gleiche, wie das unter I. A 1. zur suspensiv bedingten Übereignung Bemerkte. Ein bestelltes Pfandrecht besteht zu Recht bis zum Eintritt der Bedingung. Mit diesem erlischt es ex nunc. Es wird jedoch auch hier der redliche Erwerb geschützt. Die bona fides muß den Inhalt haben, daß der Auktor in seiner Verfügungsmacht nicht gehemmt ist durch eine Resolutivbedingung. Für den weiteren denkbaren Fall, daß der Erwerber entschuldbar annehmen durfte, daß auf Grund vertragsmäßigen Übereinkommens trotz der Resolutivbedingung der derzeitige Eigentümer zur Bestellung dinglicher Sachbelastungen berechtigt sei. Vgl. § 8, S. 67 d. Abh.

2. Nimmt hier während der Schwebezeit derjenige eine Verpfändung vor, der das Eigentum mit Eintritt der Resolutivbedingung wieder erwirbt, so konvalesziert die Verpfändung bei Eintritt der Bedingung. Solange die Bedingung schwebt und nach entschiedenem Nichteintritt hat er ein Pfandrecht gemäß § 1207 nur erworben, wenn er beim Erwerb in bona fide gewesen war, sei es nun, daß er seinen Auktor entschuldbar einfach für den Eigentümer hielt und von einer Bedingung überhaupt nichts wußte oder entschuldbar annahm, daß die Bedingung bereits eingetreten sei und deshalb sein Auktor Eigentümer gewesen sei[3]).

---

[3]) Jedoch wird bei resolutiv bedingter Übereignung eine Verpfändung durch den Eigentumsanwärter nicht so leicht vorkommen können, da er wohl meist nicht im Besitz der Sache ist.

B. Die resolutiv bedingte resp. betagte Übereignung ging aus vom Nichteigentümer.

Vgl. auch hiezu die Bemerkungen in § 20, II d. Abh.

§ 7.

III. Bei Gebundenheit durch sogen. relative Veräußerungsverbote oder sonst durch Verfügungsbeschränkungen.

I. 1. Relativ ist ein gesetzliches Veräußerungsverbot dann, wenn es nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt § 135, I, 1. Diesem gleich stehen die von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Veräußerungsverbote[1]) deshalb, weil solche stets erlassen werden zum Schutze bestimmter Personen[2]). Der Begriff der Veräußerung ist hier der weitere und umfaßt als solcher auch Belastungen[3]). Das Veräußerungsverbot bewirkt, daß eine gegen dieselbe verstoßende Verfügung unwirksam ist. Diese Unwirksamkeit ist aber nur eine relative, d. h. sie besteht nur denjenigen Personen gegenüber, deren Schutz das Verbot bezweckt, zu deren Gunsten die Gebundenheit besteht. Daß diese Unwirksamkeit keine Nichtigkeit ist, beruht nicht auf der Beschränkung ihres Umfangs, sondern darauf, daß sie gehoben werden kann entweder durch eine Änderung, die eintritt bezüglich des Rechtes der geschützten Person oder aber durch Einwilligung oder Genehmigung derselben[4]).

Auch hier wird der redliche Erwerb geschützt §§ 135, II, 136. Die Vorschriften zugunsten . . ., für uns § 1207, finden entsprechende Anwendung. Die bona fides ersetzt

[1]) § 136.

[2]) Hölder Komm. ad § 136.

[3]) Ramdohr a. a. O. S. 325.

[4]) Hölder Komm. Bem. 2, ad § 135.

aber nach dem auf S. 19 d. Abh. dargelegten Prinzip die nicht vorhandene rechtliche Fähigkeit des Verpfänders kraft eigenen Rechts die Verpfändung vorzunehmen, falls sie gerade das Vorhandensein dieses Rechts zum Inhalt hat. Demnach muß hier der gute Glaube zur rechtlichen Berücksichtigung notwendig zum Inhalt haben, daß ein Veräußerungsverbot überhaupt nicht oder nicht mehr vorliegt. Für den Fall, daß der Erwerber zwar weiß, daß ein solches vorliegt, aber entschuldbar glaubt, daß trotzdem die Verfügungsmacht seines Auktors nicht gehemmt sei, weil derjenige, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot besteht, zu der Verpfändung seine Zustimmung gegeben habe, vgl. unten § 8, S. 66 d. Abh.

2. Liegt sonst eine Verfügungsbeschränkung vor, so gilt bezüglich eines gutgläubigen Pfandrechtserwerbs, soweit ein solcher gesetzlich zugelassen ist, entsprechend das Gleiche.

Im folgenden wollen wir nun eine Reihe von relativen Veräußerungsverboten und Verfügungsbeschränkungen betrachten, ohne auf diese Unterscheidung im einzelnen besonders Gewicht zu legen[5]).

II. Beschränkungen in der Verfügungsmacht des Erben.

A. Hieher gehören:

1.) Der Fall des § 2113, II.

Danach sind Verpfändungen von Erbschaftssachen durch den Vorerben, die unentgeltlich oder zum Zweck der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsver-

---

[5]) Unserer Arbeit wäre die oft schwierige Untersuchung kaum förderlich, da in den von uns zu betrachtenden Fällen das Gesetz, wo Zweifel bestehen könnten, die betreffenden Vorschriften ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt. Vgl. z. B. § 2113, III, § 2129, oder ausschließt vgl. § 7 I, 2, der K.O.

sprechens erfolgen im Fall des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam insoweit, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden, es müßte denn sein, daß durch sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen würde. Solange die Nacherbfolge nicht eingetreten ist, ist die Verpfändung wirksam. Mit dem Eintritt derselben wird sie ex nunc unwirksam. Damit stimmt es überein, daß man § 2113 nicht zu betrachten hat als ein den Schutz des Nacherben bezweckendes relatives Veräußerungsverbot[6]) im Sinne des § 135. Das B.G.B. hat sich vielmehr, wie schon die Fassung des § 2113 zeigt, an § 161 angelehnt[7]). Auch hier tritt mit Zustimmung des Nacherben Konvaleszens der Verpfändung des Vorerben ein.

Der redliche Erwerb ist ausdrücklich geschützt gemäß § 2113, III. Die bona fides ist das entschuldbare Nichtwissen, daß in dem betreffenden Fall eine Beschränkung in der Verfügungsmacht entgegenstehe. Sie kann in dieser Hinsicht einen gar mannigfachen Inhalt haben, so kann sie

1. bestehen in der entschuldbaren Unkenntnis, daß eine Nacherbfolge überhaupt angeordnet ist[9]).

2. Daß der betreffende Gegenstand Nachlaßgegenstand und zur Nacherbschaft zugehörig ist[10]).

3. Als entschuldbar rechtsirrtümliche, daß dem Vorerben von Rechtswegen solche Beschränkungen auferlegt sind[11]) oder daß eine letztwillige Befreiung des Vorerben auch von der

---

[6]) A. A. Wendt S. 45.

[7]) Vgl. Mot. V, S. 115 f., auch Mot. I, S. 260; Planck ad § 2113; ad §§ 2112—2115, S. 384 ff. Staudinger.

[8]) Vgl. Mot. V, S. 116, 4. Abs.

[9]) Wendt a. a. O. S. 45.

[10]) Hachenburg S. 150.

[11]) Wendt S. 45.

Beschränkung des § 2113, II entbinden könne (was doch nach § 2136 in Verbindung mit § 2138, II nicht der Fall sein kann).

4. Daß eine Nacherbfolge gar nicht eintreten könne. Es ist z. B. der Nacherbe nur eingesetzt für den Fall, daß der Vorerbe nicht heirate und der Erwerber nimmt fälschlicherweise aber entschuldbar an, daß der Vorerbe sich verheiratet hätte.

5. Daß die Verpfändung in Schenkungsabsicht geschehen sei oder daß die in Schenkungsabsicht erfolgte Verpfändung eine solche sei, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen werde[12]).

Bezüglich der entschuldbaren Annahme, daß im konkreten Fall der Nacherbe zur unentgeltlichen Verpfändung seine Zustimmung erteilt habe, vgl. unten § 8, S. 66 d. Abh.

2.) Der Fall des § 2129, I.

Danach sind die Verpfändungen von Erbschaftssachen durch den Vorerben von vornherein unwirksam, wenn ihm zur Zeit der Verpfändung die Nachlaßverwaltung auf Grund der §§ 2128, 1052 entzogen war. Der § 2129, I ist ein den Schutz des Nacherben bezweckendes relatives Veräußerungsverbot[13]). Die Verpfändungen des Vorerben sind dem

[12]) Übst. Wendt S. 45; a. A. Hachenburg S. 150 und Neuburger S. 41. Ich kann aber nicht einsehen, warum der Pfandrechtserwerber, dem für die Schuld eines Dritten vom Vorerben eine Sache verpfändet wird, wenn er entschuldbar nicht weiß, daß diese Verpfändung schenkweise für den Dritten erfolgt, weniger geschützt sein soll, wie wenn er z. B. rechtsirrtümlich nicht weiß, daß derartige schenkweise Verpfändungen den Nacherben gegenüber unwirksam sind.

[13]) So Wendt S. 45; Hachenburg S. 147.

Verwalter und dem Nacherben gegenüber unwirksam[14]). Mit Zustimmung des Nacherben jedoch sind sie wirksam[15]).

Der redliche Erwerb ist nach § 2129, II, 1 ausdrücklich geschützt. Die bona fides kann auch hier einen mannigfachen Inhalt haben. So kann sie sich darstellen als die entschuldbare Unkenntnis:

1. Daß dem Vorerben die Verwaltung überhaupt oder noch entzogen ist.

2. Daß der verpfändete Gegenstand Nachlaßgegenstand und zur Nacherbschaft zugehörig ist.

3. Vielleicht auch als entschuldbar rechtsirrtümliche, daß ein Vorerbe, dem die Verwaltung entzogen ist, das Verfügungsrecht verliert.

4. Daß der Vorerbe von der Beschränkung des § 2129 kraft Testaments nach § 2136 befreit ist.

Bezüglich der entschuldbaren Annahme einer Zustimmung des Nacherben vgl. auch hier unten § 8, S. 66 d. Abh.

3.) Der Fall des § 2211.

Danach sind die Verpfändungen von Erbschaftssachen durch den Erben unwirksam, wenn der betreffende Nachlaßgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Ob letzteres der Fall ist, bestimmt sich nach dem Willen des Erblassers. Und zwar ist anzunehmen, daß dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsmacht über den gesamten Nachlaß zustehen soll, soweit dies dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht, insbesondere nicht kraft letztwilliger Anordnung die Verfügungsmacht desselben auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen ist

---

[14]) Hachenburg a. a. O.

[15]) Fischer-Henle ad § 2129 Anm. 1.

(§§ 2208, 2209). Auch hier ist aber die Verpfändung mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers wirksam[16]).

Der Schutz des redlichen Erwerbs ist in § 2211, II ausdrücklich bestimmt. Auch hier kann die bona fides einen vielfach verschiedenen Inhalt haben. Sie kann sich darstellen als die fälschliche, aber entschuldbare Annahme:

1. Daß gar kein Testamentsvollstrecker berufen ist.

2. Daß der verpfändete Gegenstand überhaupt kein Nachlaßgegenstand ist, oder daß er ein solcher ist, aber nicht der Verwaltungssphäre des Testamentsvollstreckers unterliegt.

3. Daß das Amt des Testamentsvollstreckers bereits erloschen ist.

4. Ein Rechtsirrtum wird hier wohl kaum in Betracht kommen[17]).

Bezüglich der entschuldbaren Annahme einer Zustimmung des Testamentsvollstreckers vgl. unten § 8, 1 d. Abh.

B. In den genannten Fällen kann unter Umständen auch ein erhöhter Schutz gemäß § 2366 Platz greifen.

Nach §§ 2365, 2366 gilt ja der Inhalt des Erbscheins auch in der Beziehung für richtig, daß der Erbe nicht durch andere als die im Erbschein angegebenen Anordnungen in der Verfügung über die Erbschaft beschränkt sei. Ist eine Nacherbfolge angeordnet, ein Testamentsvollstrecker ernannt, ohne daß dies im Erbschein angegeben ist, so ist eine derartige Beschränkung dem Pfandrechtserwerber gegenüber nur wirksam, wenn er sie kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat[18]).

---

[16]) Fischer-Henle ad § 2211 Anm. 2; Motive Bd. V, ad § 1901 am Ende.

[17]) Hachenburg S. 151 f.

[18]) Vgl. hierzu im Einzelnen das Nähere bei: v. Reibnitz a. a. O. S. 66 f.; vgl. auch Mot. V, S. 567.

C. Eventuell kann es auch vorkommen, daß einmal nebeneinander Platz greift:

1. Eine entsprechende Anwendung des § 1207 gemäß §§ 2113, 2129 oder 2211 und

2. Eine unmittelbare Anwendung des § 2370.

Man nehme z. B. den Fall: Von einer fälschlich für tot erklärten Person war testamentarisch ein Testamentsvollstrecker berufen, dem die Verwaltung des Nachlasses zustand. Hier erwirbt der Pfandgläubiger ein Pfandrecht vom vermeintlichen Erben nur dann, wenn er einmal in schutzwürdigem Vertrauen bezüglich der Todeserklärung ist gemäß § 2370 und wenn er ferner in gutem Glauben ist bezüglich der Tatsache, daß der betreffende Nachlaßgegenstand der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt. (§ 2211). Es ist also eine Unkenntnis doppelten Inhalts erforderlich und eventuell eine qualitativ verschiedene Unkenntnis genügend, insofern als zwar in letzterer, nicht aber in ersterer Hinsicht grobe Fahrlässigkeit den Schutz ausschließt. Es findet auf Grund des § 2211, II. der § 1207 entsprechende, der § 2370 jedoch unmittelbare Anwendung.

D. Bemerkenswert mag es auch sein, daß der erhöhte Schutz des § 2366 auch einmal abhängen kann von einem Nichtwissen in mehrfacher Hinsicht.

Man nehme an, es ist ein Erbschein erteilt und in diesem ist:

1. Eine falsche Person als Erbe bezeichnet und

2. Eine für den Erben angeordnete Beschränkung (nach § 2113 oder § 2211) nicht angegeben.

Hier kann der Pfandgläubiger von Scheinerben ein vollwirksames Pfandrecht nur erwerben, wenn er in beiderlei Hinsicht von der Unrichtigkeit keine Kenntnis hat. Ein Pfandrecht wird er allerdings auch dann erwerben, wenn er

zwar den Umstand sub 2 kennt, aber nicht den Umstand sub 1. Doch befindet sich dieses dann in einem eigenartigen Zustand, insofern es relativ unwirksam ist und seine volle Wirksamkeit abhängt von dem Wegfall jener Beschränkung, der u. a. bewirkt wird durch Genehmigung desjenigen, zu dessen Gunsten die Beschränkung bestand.

E. Eine weitere Frage ist die, ob mit einer entsprechenden Anwendung des § 1207 auf Grund eines der vorgenannten §§ 2113, 2129 oder 2211 auch zusammentreffen kann eine direkte Anwendung desselben § 1207. Man wird dies verneinen müssen. Greifen wir zur Verdeutlichung ein Beispiel heraus: Es unterliegt eine in der Erbschaftsmasse befindliche, aber dem Erben gar nicht gehörige, jedoch vermeintlich als Erbschaftsgegenstand angesehene Sache tatsächlich der Verwaltung des Testamentsvollstreckers. Diese wird vom Erben verpfändet; so fragt es sich, ob der Erwerber, wenn er bezüglich der Qualität der Sache als einer zur Erbschaft gehörigen in bona fide war, also den verpfändenden Erben für den Eigentümer hielt, ein Pfandrecht schon dann gewinnt, wenn er von der Nachlaßverwaltung Kenntnis hatte oder muß er auch noch bezüglich dieser gemäß § 2211, II. in gutem Glauben gewesen sein. Hier dürfte zum Erwerb die einfache bona fides des erstgenannten Inhalts genügen. Denn tatsächlich, nicht aber rechtlich kann die Verwaltung des Testamentsvollstreckers Gegenstände umfassen, die nicht zur Erbschaft gehören vgl. § 2205, I. 1. Die §§ 2113, 2129, 2211 sprechen ausdrücklich nur von Erbschafts- resp. Nachlaßgegenständen und lediglich bezüglich dieser bestehen ihre Verfügungsbeschränkungen[19]). Beziehen sie sich demnach auf andere Gegenstände überhaupt nicht, so ist für den Pfand-

[19]) Hier und im folgenden in weiterem, auch das Veräußerungsverbot mit umfassenden Sinne.

rechtserwerb an solchen auch eine bona fides im Sinne der §§ 2113 ꝛc. überflüssig ja überhaupt begrifflich unmöglich.

F. Fernerhin sind noch als mögliche Verwickelungen zu streifen:

1.) Es hat etwa der Erblasser suspensiv bedingt Eigentum übertragen oder resolutiv bedingt Eigentum empfangen. Vor Eintritt der Bedingung stirbt er und es greift eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Erben über den Nachlaß Platz, sei es nun auf Grund des § 2113, 2129 oder 2211 ebenfalls vor Eintritt der Bedingung. Gleichwohl nimmt der Erbe eine Verpfändung des unbedingt übertragenen, bezw. bedingt empfangenen Nachlaßgegenstandes vor. In diesem Fall erwirbt der Dritte ein Pfandrecht endgültig nur dann, wenn er in bona fide ist

1. Bezüglich der Verfügungsbeschränkung über den Nachlaß und

2. Bezüglich der bedingten Übereignung. Es greifen nämlich nebeneinander Platz: Einmal eine entsprechende Anwendung des § 1207 auf Grund der §§ 2113 resp. 2129 resp. 2211 und ferner eine entsprechende Anwendung ebenfalls des § 1207 aber auf Grund des § 161, III.

Liegt nur eine bona fides des Inhalts sub 1 vor, so erwirbt der Pfandgläubiger zwar auch ein Pfandrecht, das aber wie das Eigentum seines Auktors selbst bedingt ist. Vgl. hierzu oben § 6, I. A. 1. und II. A. 1.

2.) Kommt zu dem Fall sub 1 noch hinzu, daß die Sache nicht einmal dem Erblasser gehörte, so muß die bona fides außerdem in unmittelbarer Anwendung des § 1207 zum Inhalt haben, daß der Erbe Eigentümer sei, wodurch aber andrerseits wieder überflüssig wird der Inhalt sub F. 1.) 1. so vgl. oben sub E. und vgl. ferner § 6, I. B. und II. B.

G. Schließlich dürfte es hier vielleicht noch am Platze sein, darauf hinzuweisen, daß dem nach § 4, A. I. d. Abh. erforderlichen Inhalt der bona fides auch in folgendem Fall genügt sein dürfte:

Ein Eigentums„erwerber" von einem Erben war bezüglich einer Beschränkung seines Auktors nach § 2113 resp. § 2129 resp. § 2211 in mala fide z. B. in grobfahrlässiger Unkenntnis und hat seinerseits an der betreffenden Sache einem Dritten ein Pfandrecht bestellt, der sowohl jene Verfügungsbeschränkung des Erben kannte als auch wußte, daß sein Auktor die verpfändete Sache von dem Erben erworben hatte, wobei er aber entschuldbar annahm, daß sein Besteller zur Zeit des Rechtserwerbs von seinem Auktor in bona fide gewesen war. Der Fall liegt ebenso, wie wenn eine solche Verfügungsbeschränkung nicht bestanden hätte und es sich bei dem Übereignungsakt um Nichterwerb (nach § 932) in mala fide vom Nichteigentümer gehandelt hätte, während der Pfandrechtserwerber zwar die Nichtberechtigung des Rechtsvorgängers seines Auktors gekannt hat, aber entschuldbar annahm, daß sein unmittelbarer Rechtsvorgänger in bona fide gewesen war.

Auch eine bona fides derartigen Inhalts muß zum Pfandrechtserwerb genügen, insofern ihr Inhalt ja dem Erfordernis des § 932, II, (§ 1207) voll entspricht.

Ja selbst für eine solche bona fides spricht noch die für den Beweis wichtige Präsumption des § 932, wohl deshalb, weil ja auch für die bona fides des Auktors des Pfandrechtserwerbers die Präsumption spricht und demnach auch der Pfandrechtserwerber selbst, falls kein gegenteiliges Argument vorlag, das unentschuldbar hätte auffallen müssen, von der bona fides seines Auktors überzeugt sein durfte ebenso gut, wie sich das Recht selbst auf den Standpunkt stellt: quis quis praesumitur bonus.

Zweifelhafter scheint mir der Fall dagegen dann, wenn der Pfandrechtserwerber bei seinem Pfandrechtserwerb zwar entschuldbar annimmt, daß sein Rechtsurheber bei seinem „Eigentumserwerb" von Nichtberechtigten in bona fide gewesen ist, aber rechtsirrtümlich glaubt, daß sein Auktor trotz „seiner bona fides" kein Eigentum hätte erwerben können und ihm infolgedessen sein Pfandrecht vom Nichteigentümer bestellt worden sei, (was ja auch wirklich der Fall ist). Wiewohl man ja in solchem Fall nicht geradezu sagen kann, daß dem Pfandrechtserwerber „bekannt" (§ 932, II.) war, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehöre, so hat er dies doch geglaubt und sein Glaube auch den Tatsachen entsprochen. Darum meine ich, daß es wohl zu weit gegangen wäre, wenn man einen Glauben obigen Inhalts noch als „bona" fides schützen wollte.

III. Im Erbrecht stoßen wir noch auf eine weitere Beschränkung in der Verfügungsmacht des Erben. Nach § 1984, I. 1. verliert der Erbe mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen[20]). Nimmt trotzdem der Erbe eine Verpfändung vor, so ist diese unwirksam. Es fragt sich nun, ist auch hier der gute Glaube geschützt. Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir die K.O. heranziehen, da § 1984 I 2 vorschreibt: die Vorschriften der §§ 6 und 7 der K.O. finden entsprechende Anwendung. Für uns kommt § 7 I zweiter Halbsatz in Betracht: „Die Vorschriften der §§ 892, 893 des B.G.B. bleiben unberührt". Damit wird hier der Schutz des guten Glaubens ausdrücklich auf den Immobiliarverkehr beschränkt. Per argumentum e contrario ergibt sich, daß die Vorschriften zum Schutz des gutgläubigen Mobiliarerwerbs

[20]) Ob wir es hier mit einem relativen Veräußerungsverbot zu tun haben, ist bestritten vgl. Neuburger S. 43 Abs. 2 und Anm. 2.

nicht zur Anwendung zu kommen haben. Das Gleiche gilt aber gemäß § 1984 I 2 entsprechend für den Fall des § 1984[21]).

Überträgt dagegen der Erbe unbefugt das Eigentum und der Eigentums„erwerber" bestellt einem Dritten ein Pfandrecht, so erwirbt es dieser gemäß § 1207, wenn er seinen Auktor für den Eigentümer hält. Dabei ist es natürlich gleichgültig, ob sein Rechtsurheber bei seinem Pseudoeigentumserwerb in bona fide gewesen war oder nicht.

IV. Im Familiengüterrecht finden wir endlich noch Beschränkungen in der Verfügungsmacht des Mannes resp. der Frau.

A. Bei dem Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft (§§ 1395, 1396), desgleichen bei dem der Errungenschafts- (§ 1525) oder Fahrnisgemeinschaft (§ 1550) kann die Frau ohne Zustimmung des Mannes eine zum eingebrachten Gut gehörige Sache nicht verpfänden. Und zwar ist dies eine Verfügungsbeschränkung der Frau, nicht etwa eine Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit. Gleichwohl wird der gute Glaube hier nicht geschützt[22]). § 1404 bestimmt ausdrücklich: „Die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395—1403 unterliegt, muß ein Dritter auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist"[23]). Allerdings könnte ja die bona fides auch noch einen anderen Inhalt haben, z. B. daß die ver-

[21]) Vgl. hierzu insbesondere die Begründung bei Neuburger S. 43 ff.; übst. Hachenburg S. 152 f.; Düringer u. Hachenburg S. 461 β; Biermann ad § 932 6 a; Kober ad § 932 2 b, 2. Abs.; Cosack II, § 198, IV, Anm. 38 b; Planck ad §§ 932—935 2 a, α u. and.; a. A. Wendt S. 43 f.

[22]) Planck ad §§ 932—935 2 c, β; Biermann ad § 932 6 a am Ende.

[23]) Vgl. hierzu insbes. die Ausführungen der Motive IV, S. 237 f.

pfändete Sache zum Vorbehaltsgut gehöre, daß die Ehefrau in Gütertrennung lebe, daß ein Fall des § 1401 vorliege oder sonst einen entschuldbaren Rechtsirrtum. Allein auf Grund analoger Ausdehnung des § 1404 ist auch in diesen Fällen die bona fides nicht zu schützen[24]), sondern nur § 1435 maßgebend. Das Bedürfnis des praktischen Lebens, nicht die Rechtskonsequenz soll hier entscheidend sein[25])[26]).

Ergibt sich aus dem Güterrechtsregister Gütertrennung, wiewohl in Wirklichkeit einer der obengenannten Güterstände besteht, so braucht der Dritte die Verfügungsbeschränkung der Frau gegen sich nur gelten zu lassen, wenn ihn ein Eintrag im Güterrechtsregister darauf hinweist oder jene dem Dritten bekannt war. Grobfahrlässige Unkenntnis schadet nicht (§§ 1435, 1431)[27])[28]).

Entsprechend gilt schließlich auch hier das oben sub III, S. 55 bemerkte.

B. Ferner bestehen bei den Gütergemeinschaftssystemen Verfügungsbeschränkungen bezüglich des Gesammtguts. Für uns kommt § 1446 in Betracht:

Verpfändet bei allgemeiner Gütergemeinschaft, bei Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519, II.) oder Fahrnisgemeinschaft (§ 1549) der Mann ohne Zustimmung der Frau

---

[24]) So Neuburger S. 46f.; Hachenburg S. 155 u. Wendt S. 48.

[25]) Vgl. Mot. a. a. O.

[26]) Das Gleiche wird man aber auch dann gelten lassen müssen, wenn die Frau bei bestehender Gütergemeinschaft eine Sache des Gesamtguts dem § 1442, I zuwider unbefugt verpfändet. Die Verpfändung bleibt trotz guten Glaubens des Erwerbers in analoger Anwendung des § 1404 unwirksam, so Neuburger S. 49 unten u. ff., da die Gründe für eine Anwendung des § 1404 hier in gleichem Maße vorhanden sind.

[27]) So die Ausführ. von Neuburger S. 47.

[28]) Im übrigen vgl. auch Wendt S. 49; Düringer u. Hachenburg S. 460f. a; auch Ramdohr a. a. O. S. 813.

Sachen des Gesamtguts schenkweise[29]), wozu er aber gemäß §§ 1446, 1448, I., 1396 I. der Zustimmung seiner Ehefrau bedürfte, so ist die Verpfändung unwirksam.

Es fragt sich nun, — § 1404 kommt gemäß § 1448 nicht zur entsprechenden Anwendung — ob hier der gute Glaube geschützt wird:

Wenn der Ehemann eine solche Verpfändung vornimmt, so überschreitet er die Grenzen der Verfügungsmacht, die ihm seine bevorzugte Stellung als Ehemann verleiht[30]). Dabei kann man streng genommen nicht sagen, daß er als Nichteigentümer über eine fremde Sache verfügt, da ihm ja mit seiner Frau zusammen die Sache gehört, andererseits kann man aber auch nicht sagen, daß er als nichtverfügungsberechtigter Eigentümer verfügt habe, da er ja nicht Alleineigentümer der Sache ist. Der Rechtsmangel ist infolge des besonderen Rechtsverhältnisses zwischen den Ehegatten ein eigenartiger. Am ehesten wird man schließlich die Verpfändung doch noch bezeichnen können als eine solche vom nicht verfügungsberechtigten Nicht- (allein) eigentümer. Darnach kann dann auch die bona fides möglicherweise zum Inhalt haben bald bloß die Verfügungsberechtigung, bald auch das Vollrecht, das Eigentum.

In letzterer Hinsicht kann sie sich darstellen als der entschuldbare Glaube, daß die Sache dem Mann zu Eigen gehöre, so z. B. wenn der Mann für unverheiratet, in Gütertrennung oder dem Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft lebend oder die Sache für Vorbehaltsgut des Mannes gehalten wird[31]). In solchem Fall wird man § 1207 unmittelbar anwenden dürfen. Denn, wenn auch die Sache

[29]) Vgl. unten § 9 d. Abh. sub IV.

[30]) Neuburger S. 48.

[31]) So Neuburger S. 49, Abs. 2.

im Gesamteigentum von Mann und Frau steht (§ 1438), so gehört sie doch dem Manne allein nicht. Darum paßt auch § 1207 selbst seinem Wortlaute nach: „gehört die Sache nicht dem Verpfänder" ꝛc. vollkommen zur unmittelbaren Anwendung. So gut aber wie ein sich mit dem Inhalt der bona fides streng deckender wird doch auch ein Rechtsmangel durch sie ersetzt werden können, der noch geringer ist als derjenige, der nach dem im konkreten Fall vorliegenden Inhalt der bona fides gemäß dem auf S. 19 dargelegten Prinzip durch sie ersetzt werden könnte, vorausgesetzt daß die Unkenntnis des weiteren Rechtsmangels eo ipso auch eine solche des geringfügigeren ist.

Weiß dagegen der Dritte, daß Gütergemeinschaft besteht und befindet er sich lediglich in entschuldbarer Unkenntnis insofern, als er rechtsirrtümlich den Ehemann auch ohne Zustimmung seiner Frau für verfügungsberechtigt hält oder glaubt, daß der Mann eingebrachtes Gut der Frau verpfände gemäß §§ 1376, 1, 1439, 1525, II oder entschuldbar über das Vorliegen einer Voraussetzung des § 1446 z. B. die Unentgeltlichkeit irrt, so handelt es sich um Erwerb vom Nicht- (allein) eigentümer in Kenntnis seines Nicht- (allein) eigentums jedoch im guten Glauben an dessen Verfügungsberechtigung. Hierzu aber vgl. unten § 8 S. 67 der Abh. sub 3 [32]).

Bezüglich der oben (S. 57) genannten Fälle, in denen § 1207 unmittelbar Platz zu greifen hätte, ist jedoch noch hinzuzufügen, daß die Unkenntnis der im Güterrechtsregister eingetragenen Gütergemeinschaft in den drei erst genannten Fällen, also abgesehen von dem Fall, in dem die Sache als zum Vorbehaltsgut gehörig betrachtet wird, meist als eine grob fahrlässige, also unentschuldbare zu beurteilen sein wird. Umgekehrt aber wird man wohl auch Neuburger

[32]) Neuburger a. a. O. u. daselbst Abs. 3.

zustimmen dürfen, daß § 1435 eine Vorschrift zum Schutze des gutgläubigen Dritten ist und infolgedessen, wenn das neubegründete System der Gütergemeinschaft noch nicht eingetragen ist, selbst die grobfahrlässige Unkenntnis von der Änderung dem Dritten nicht schaden soll[33]).

C. Ergänzend dürfte vielleicht an dieser Stelle noch hingewiesen werden auf den Fall, den Hachenburg S. 279 behandelt: Bei bestehender Ehe verpfändet der Ehemann einem Dritten eine an sich seiner Frau gehörige Sache, wobei der Pfandrechtserwerber in gutem Glauben ist an einen scheinbar bestehenden Ehevertrag, der die Rechte des Ehemannes erweitere. Der Dritte ist hier nur dann geschützt, wenn der Ehevertrag nichtig ist, weil die Ehe für nichtig erklärt wird. Dieser Schutz bestimmt sich nach § 1344. Dagegen muß bei Nichtigkeit des Ehevertrags an sich allein das Vertrauen des Pfandgläubigers trotz Eintrag des „vereinbarten" Güterstands im Güterrechtsregister ohne Schutz regelmäßig deshalb bleiben, weil sich dann der Pfandrechtserwerb darstellt als ein solcher vom nichtverfügungsberechtigten Nichteigentümer im guten Glauben an seine Verfügungsberechtigung. Hierzu aber vgl. ebenfalls unten § 8 der Abh. sub 3[34]).

3. Der gute Glaube an eine von fremder Rechtsmacht mit fremdem Willen hergeleitete Verfügungsberechtigung beim Erwerb vom Nichtverfügungsberechtigten.

§ 8.

I. Von Wendt im Gegensatz zur herrschenden Lehre wird behauptet, daß der gute Glaube grundsätzlich auch dann

[33]) Eingehender Neuburger S. 50f.

[34]) Hachenburg S. 279f.; vgl. auch Mot. IV, S. 316f. bezüglich des § 1435; ferner Neuburger S. 65 sub a.

geschützt wird, wenn der Erwerber zwar weiß, daß sein Auktor kraft eigenen Rechts zur Verpfändung nicht berechtigt ist, wenn er aber an eine Verpfändungsbefugnis desselben entschuldbar geglaubt hat.

Das Handelsrecht läßt in diesem Fall den Schutz des guten Glaubens ausdrücklich Platz greifen (§ 366). Im B.G.B. wird die Frage durch die Fassung des § 932 verneint. Trotzdem behauptet Wendt[1]) — und in gleichem Sinne spricht sich auch Makower[2]) aus —, daß auch im Geltungsbereich des B.G.B. für diesen Fall der Schutz des guten Glaubens in analoger Ausdehnung des dem § 932 zugrunde liegenden und so und so oft vom Gesetze selbst zu entsprechender Anwendung vorgeschriebenen Prinzips zur Anwendung zu kommen habe. „Wo der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten sich so stellt, daß der Veräußerer als beauftragt oder bevollmächtigt angesehen werden durfte", da könne der Umstand, daß sich hierfür eine besondere Regel im B.G.B. nicht finde und daß nicht ausdrücklich „entsprechende Anwendung" auch für diese Fälle vorgeschrieben sei, nicht ins Gewicht fallen[3]). Daß es auf das Schweigen des Gesetzes wenig ankommen könne, das gehe aus § 177, vor allem aber aus § 185 hervor, die (— wie man auch zu dem strittigen Punkte selbst Stellung nehmen wollte —?!) auf jeden Fall enthalten müßten einen Hinweis auf „entsprechende" Anwendung der §§ 932 ff., 1207 f. ꝛc.

Diese Ausführungen Wendts dürften aber deshalb kaum gerechtfertigt sein, weil die §§ 932 ff., 1207 f. ꝛc. den §§ 177, 185 für den Fall des Zutreffens der von ersteren vorausgesetzten engeren Tatbestände vorgehen. § 185 und

[1]) Wendt a. a. O. S. 61 ff.

[2]) Makower Komm. z. H.G.B. III. Bd., S. 1012 b.

[3]) Wendt S. 71.

§ 177 umfassen einen viel weiteren Kreis von Tatbeständen (vgl. ihre Stellung im allgemeinen Teil) als die §§ 932 ff., 1207 f. ꝛc. (vgl. deren Stellung im Sachenrecht). Der § 185 bezieht sich auf jede Verfügung, die ein Nichtberechtigter über irgend einen Gegenstand, sei es Recht oder Sache trifft z. B. auch auf Erlaß einer Forderung und umschließt in dieser weitreichenden Bedeutung auch Verfügungen, die ein Nichtberechtigter als vermeintlicher Eigentümer über eine Sache trifft. In solchen Fällen sind dann aber die §§ 932 ff., 1207 f. ꝛc. direkt anwendbar, da der engere Tatbestand gesetzlich als Sonderfall behandelt insoweit eine Modifikation der gesetzlichen Regulierung des allgemeineren mit sich bringt. Gibt man dies zu, so konnte man, auch ohne daß man sich zur analogen Anwendung jener §§ versteht, doch nicht, wie Wendt meint, zu dem Resultat, daß gemäß § 185, II in jedem Falle eine frühere Verfügung zu gunsten eines Bösgläubigen eine spätere (wirksame) zugunsten eines Gutgläubigen ausschließen müßte bei nachträglicher „Konvaleszenz beider". Das Gesetz hat vielmehr die entsprechende Anwendung jener Vorschriften nicht bloß nicht zu bestimmen brauchen, es hätte sogar inkorrekt gehandelt, hätte es eine entsprechende Anwendung an und für sich schon direkt anwendbarer Bestimmungen vorgeschrieben [4]).

Ebenso liegt es bei § 177. Stellt man sich mit Wendt [5]) auf den Standpunkt, daß auch ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht als Tradenten abgeschlossener dinglicher Vertrag durch Genehmigung auch des nichtberechtigten Vertretenen konvaleszieren könne, so wirkt jedenfalls im Falle einer Genehmigung der Vertrag unmittelbar für und gegen den Vertretenen § 164 und für den besonderen

---

[4]) Übst. Hachenburg S. 137.

[5]) A. A. Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 47, S. 61 ff.

Fall, daß der Erwerber der Sache oder des Pfandrechts an einer solchen den Veräußerer, das ist hier der Vertretene, da in seiner Person die Wirkung der Handlungen des Vertreters eintreten, gutgläubig für den Eigentümer hielt, greifen auch hier vorgehend die §§ 932 ff., 1207 f. 2c. ein und auch hier unmittelbar (vgl. §§ 177, 1, 184, I, 164, I)[6]).

Demnach hat das Schweigen des Gesetzes an diesen Stellen nicht die ihm von Wendt zugeschriebene Beweiskraft. Vielmehr ist gerade daraus, daß das Gesetzbuch hier jene Vorschriften nicht für entsprechend anwendbar erklärt hat, eher ein Schluß gegen die Ansicht Wendt's zu ziehen, insofern daraus ersichtlich wird, daß die „Vorschriften zugunsten . . ." nicht uneingeschränkt zu erstrecken sind auf Verfügungen von Nichtberechtigten überhaupt[7]).

Gegen Wendt führt Hachenburg[8]) noch zwei gewichtige Gründe an.

Er weist zunächst darauf hin, daß auch im Immobiliarverkehr der gute Glaube an die Vertretungsmacht nicht allgemein geschützt ist. „Der § 892 läßt nur den Inhalt des Grundbuchs als richtig erscheinen. Jede Möglichkeit eines anderen guten Glaubens als des an das Recht des Veräußereres, das allein im Grundbuch erscheinen kann, ist damit ausgeschlossen." Ein Grund aber, „weshalb dieses Prinzip bei Fahrnissen und Immobilien verschieden behandelt sein sollte sollte", läßt sich kaum finden.

Zum anderen macht Hachenburg als Gegenargument geltend den Schutz des guten Glaubens an die Vollmacht des Gegenkontrahenten, der in den §§ 169—173 speziell behandelt ist und, der zwar von weiter reichender, jedenfalls

---

[6]) Planck Vorb. ad §§ 932—935 2 c β, 3. Abs.

[7]) Vgl. Neuburger S. 52 ff.

[8]) A. a. O. S. 136 ff.

aber auch den Erwerb von Rechten an Fahrnis mit umfassender Bedeutung ist. Hiernach ist die bona fides an eine Vollmacht des Verpfänders nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen geschützt. Weder der Besitz des Verpfänders, noch eine unechte Vollmachtsurkunde oder eine zwar früher einmal durch Erklärung erteilte, in der Zwischenzeit aber durch Widerruf (resp. Kündigung der Gesellschaft) wieder erloschene Bevollmächtigung genügt als Basis für den gutgläubigen Erwerb. Ein Pfandrechtserwerb im guten Glauben an eine früher einmal wirksam erfolgte Bevollmächtigung ist nur möglich, wenn die bona fides sich außerdem noch auf bestimmte Momente stützen kann, wie auf die unwiderrufene Bevollmächtigungserklärung, die öffentliche Bekanntmachung oder eine echte Vollmachtsurkunde (vgl. §§ 674, 675, 729 und 169; ferner § 170 mit § 173; § 171, II mit § 173, § 172 mit § 173). Einerlei ist es dabei, ob eine Vollmacht überhaupt nicht mehr besteht oder ob sie nur nicht mehr besteht in dem vermeintlichen Umfang. Besonders hervorzuheben ist, daß in all diesen Fällen schon leichte Fahrlässigkeit den Schutz des guten Glaubens ausschließt vgl. die §§ 169, 173 mit 122, II[9]).

Ähnliches gilt vom guten Glauben an die Vertretungsmacht kraft Gesetzes. Auch dieser ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen geschützt, so vgl. den Fall des § 2368 (oben § 4 d. Abh. S. 31 f. und Anm. 28), ferner den dem Schutz der §§ 674, 169 analogen Schutz in den Fällen der §§ 1682, 1893, I, 1895, 1915, I, 2218, I, sofern sich die Verpfändung bewegt in den Grenzen der ursprünglichen Vertretungsbefugnis[9]).

[9]) Dieser ausnahmsweise Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht des Verpfänders ist eingehend behandelt von Hachenburg S. (257)268—277; von Neuburger S. 55—63, so daß wir uns unter Bezugnahme auf deren Ausführungen mit obigen Andeutungen begnügen können.

Ersehen wir hieraus, daß der gute Glaube an eine Verpfändungsbefugnis nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen geschützt ist, so führt dies zu dem Schlusse, daß die bona fides nicht schon generell geschützt sein kann, daß sie nicht auch dann geschützt sein kann, wenn diese bestimmten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Dafür, daß der gute Glaube an die Verpfändungsbefugnis nicht eo ipso geschützt ist, spricht ferner die Fassung des § 366 H.G.B., der mit seiner Wendung „auch dann, wenn" diesen Zusatz als handelsrechtliche Besonderheit hervorheben will. Auch wäre diese Bestimmung des H.G.B. als eines Sonderrechts zum allermindesten überflüssig, wenn sie schon nach B.G.B. gelten würde[10]).

Schließlich ist gegen Wendt noch etwas geltend zu machen. Zu einem Schutz des guten Glaubens an die Verpfändungsbefugnis käme man nämlich gar nicht auf Grund einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften zugunsten . . .", sondern lediglich auf Grund einer Erstreckung des § 932 resp. § 1207 über sich selbst hinaus, die dann ihrerseits die besonderen Bestimmungen der § 161, III, § 135, II als überflüssig und unverständlich erscheinen lassen müßte.

Diese Behauptung möge die folgende Betrachtung illustrieren:

In denjenigen Fällen, in denen das Gesetz selbst analoge Anwendung der „Vorschriften zugunsten . . ." vorschreibt, handelt es sich um einen Erwerb vom nicht vollverfügungsmächtigen Eigentümer in gutem Glauben an dessen volle Verfügungsmacht, möglicherweise auch (vgl. z. B. § 6,

---

[10]) Vgl. die Denkschrift zum H.G.B. S. 206 f.; Biermann ad § 932, 6 g; Planck ad §§ 932—935, 2 c β; Cosack § 198, II 2 a; Kober ad § 932, II 1 g.

I B und II, B sowie § 20 d. Abh.) um Erwerb vom „beschränktverfügungsmächtigen" Nichteigentümer in gutem Glauben sowohl an sein Eigentum als an seine unbeschränkte Verfügungsmacht. Stets aber hat dabei die bona fides zum Inhalt Verfügungsmacht kraft eigenen Rechts. Bei den in Frage stehenden Fällen dagegen, weiß der Erwerber, daß sein Auktor nicht der Eigentümer ist und der gute Glaube bezieht sich nur auf dessen Verfügungsmacht als eine solche, die von einer fremden Berechtigung erst abgeleitet ist, auf eine Verfügungsmacht kraft fremden Rechts. Wendt[11]) selbst zitiert Planck's[12]) Bemerkung, daß analoge Rechtsanwendung „wesensgleiche Tatbestände" voraussetze. Guten Glauben gegenüber der nicht vollen Verfügungsmacht des Eigentümers mag man mit Recht als wesensgleichen Tatbestand ansehen mit gutem Glauben gegenüber dem nicht vorhandenen Eigentum des Nichteigentümers, zumal hier guter Glaube gleichen Umfangs und Inhalts, dazu aber sogar noch ein rechtliches Plus gegenüber dem gesetzlichen Tatbestand des § 1207, nämlich das Eigentum des Verpfänders wirklich vorhanden ist. In den Fällen des § 6, I B und II, B wird wenigstens sein Mangel sofort ersetzt durch die gleichfalls vorhandene bona fides des hierzu notwendigen Inhalts. (Vgl. § 20 d. Abh.). Demgegenüber ist dagegen nicht inhalts- und darum nicht wesensgleich guter Glaube gegenüber nicht vorhandener Verfügungsmacht bei bekanntem Nichteigentum, guter Glaube an eine Verfügungsmacht kraft fremden Rechts.

Als Prinzip des B.G.B. wird es nun aber anzusehen sein, daß nur der gute Glaube im erstgenannten Fall geschützt wird[13]). Nur der gute Glaube, der zum Inhalte

[11]) Wendt S. 69.

[12]) Planck Vorbem. z. B.G.B. S. 34.

[13]) Vgl. Hachenburg S. 135 unten.

hat, Verfügungsmacht des Veräußerers kraft eigenen Rechts, Verfügungsmacht lediglich aus seiner eigenen persönlichen rechtlichen Willens- und Machtsphäre heraus wird den §§ 932, 161, III, 135, II entsprechend geschützt. Guter Glaube wird nicht geschützt, wenn er zum Inhalt hat von fremdem Recht, kraft fremden Willens erst abgeleitete Verfügungsmacht des Veräußerers, Verfügungsmacht, die erst gewonnen ist aus einer fremden rechtlichen Willens- und Machtsphäre heraus.

Daß dieses wohl der leitende Grundgedanke des B.G.B. ist, dürfte eine gewisse Bestätigung vielleicht noch dadurch finden, daß sich diese Unterscheidung als eine prinzipielle auch durchführen läßt in jenen Fällen, in denen es sich sogar um Erwerb vom Eigentümer selbst handelt, wo also wie in § 161, III, § 135, II die „Vorschriften zugunsten . . ." nur zu entsprechender Anwendung zu kommen haben:

1. Für § 135 oder die ähnlichen erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen nehme man die Fälle sub § 7, I 1 am Ende auf S. 45, II A S. 47, S. 48, S. 49. Diese haben alle das gemeinsame, daß es sich handelt um Erwerb vom Eigentümer, der in seiner Verfügungsmacht rechtlich beschränkt ist, wobei sich seine zugunsten dritter Personen bestehende und im konkreten Fall nur mit deren Willen entfallende Beschränkung darstellt als ein Recht dieser dritten Personen. Zufolge dieser ihrer Rechtsmacht können diese den Eigentümer für einen konkreten Fall von seiner Beschränkung befreien kraft ihrer Zustimmung. Die dadurch vom Eigentümer gewonnene Verfügungsmacht ist aber trotz seines Eigentums in solchem Fall eine aus einer fremden rechtlichen Willens- und Machtsphäre hergeleitete. Der gute Glaube, der eine so gewonnene Verfügungsmacht zum Inhalt hat, ist ebenfalls ein guter Glaube an eine Verfügungsmacht kraft fremden Rechts und darum nicht geschützt.

2. Als Beispiel für § 161, III vgl. man die Fälle sub § 6, I, A, 1. S. 42 und II, A, 1. S. 43. Auch hier handelt es sich um Erwerb vom Eigentümer, der in seiner Verfügungsmacht gebunden ist. Die Bestellung eines Pfandrechts würde die von der Bedingung abhängige Wirkung, den Eigentumserwerb beeinträchtigen. Die eventuelle Unwirksamkeit dieses Pfandrechts stellt sich dar als ein Ausfluß des Anwartschaftsrechts des bedingt Berechtigten, als eine Folge seiner Rechtsmacht. Und wenn in solchem Fall auf Grund einer vertragsmäßigen, von der bedingten Übereignung verschiedenen Abmachung der Eigentumsanwärter freiwillig sein Recht dermaßen einschränkt zugunsten des derzeitigen Eigentümers, so gewinnt der Eigentümer seine Verfügungsmacht als eine von fremder rechtlicher Willens- und Machtsphäre hergeleitete. Auch der gute Glaube, der eine derart gewonnene Verfügungsmacht zum Inhalt hat, ist ein guter Glaube an eine Verfügungsmacht kraft fremden Rechts und darum nicht geschützt.

3. Für die familienrechtlichen Verfügungsbeschränkungen vgl. man den Fall sub § 7, IV, B. S. 58. Auch für diesen gilt entsprechend das Gleiche. Die Sache gehört zum gemeinschaftlichen Vermögen und der gute Glaube bezieht sich auf eine Verfügungsmacht, die, wenn sie bestände, ebenfalls eine solche wäre, die wenigstens zum Teile von einer fremden Rechtsmacht, nämlich derjenigen der Frau hergeleitet wäre, insofern sie ihre Zustimmung erteilt hat zu dem besonderen Ehevertrag. Das gleiche ist zu sagen zu dem Fall Fall sub § 7, IV, C. S. 59 am Ende. Dagegen wird man wohl in Übereinstimmung mit Hachenburg[14]) zu schützen haben einen guten Glauben des Inhalts, daß der Verpfänder in dem gesetzlichen Güterstand der ehemännlichen Verwaltung

[14]) A. a. O. S. 145, a. A. Neuburger S. 64, Anm. 1.

und Nutznießung lebe § 1376 und Geld oder sonstige verbrauchbare Sachen des eingebrachten Guts seiner Frau verpfände, während in Wirklichkeit Gütertrennung besteht, ohne daß letzteres aus dem Güterrechtsregister ersichtlich wäre. Zwar bezieht sich auch hier der gute Glaube bloß auf die Verfügungsmacht, allein auf eine Verfügungsmacht, die, wenn sie bestände, schon kraft Gesetzes auf Grund der Eheschließung und nicht erst auf Grund eines besonderen Ehevertrags bestehen würde. Wir haben es hier zu tun mit einer Verfügungsmacht, die dem Ehemann eo ipso kraft seines eigenen ehemännlichen Rechts zukommt und die nicht beruht, wie bei den übrigen vertragsmäßigen Güterständen auf einer besonderen Vereinbarung mit der Frau, die darum besteht auch unabhängig von einem hierauf gerichteten Willen der Frau zufolge der Ehe[15]).

Sollte in einem der obengenannten, familienrechtlichen Fällen der gute Glaube lediglich zum Inhalt haben, daß der Mann resp. die Frau die im konkreten Fall erforderliche Zustimmung erteilt habe, so gilt hierfür das oben sub 1 Bemerkte.

Hieraus dürfte man wohl entnehmen können, daß auch der nach unserer Ansicht vom B.G.B. eingenommene Standpunkt ein prinzipieller und durchgreifender ist, demgegenüber sich die Auffassung Wendt's, daß in diesen Fällen die Vorschrift einer analogen Anwendung jener Bestimmungen vom Gesetz nur verabsäumt und gemäß dem Prinzip des B.G.B. eine analoge Anwendung vorzunehmen sei, als unhaltbar erweisen dürfte insofern, als sich ein Schutz des guten Glaubens an eine Verpfändungsbefugnis nicht als analoge Anwendung des Prinzips des B.G.B., sondern als positive Erweiterung

[15]) Das Gleiche gilt entsprechend für die elterliche Nutznießung § 1653.

desselben[16]), als eine Erstreckung desselben darstellen würde, die nach allen Richtungen hin über die vom Gesetz selbst gesteckte Grenze hinausgeht. Bis zu einem gewissen Grade dürfte diese Ansicht auch bestätigt werden durch die Fassung des § 366 H.G.B., wonach unter den daselbst bestimmten Voraussetzungen die Vorschriften des B.G.B. zugunsten . . . auch dann Anwendung finden sollen, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft. „Anwendung" sollen die bezüglichen Vorschriften finden, aber wohlgemerkt keine entsprechende Anwendung. Das H.G.B. handelte allem Anschein nach nicht in der Absicht, Bestimmungen des B.G.B. auf analoge Fälle auszudehnen, sondern das an sich engere Prinzip des B.G.B. positiv zu erweitern. Teilweise gegen uns scheint dabei allerdings der Umstand zu sprechen, daß die bezüglichen Vorschriften Anwendung nur finden sollen, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Verpfänders über die Sache „für den Eigentümer" zu verfügen betrifft, also scheinbar nicht dann, wenn wie in den Fällen sub 1—3 der Eigentümer selbst verfügt. Allein hier dürfte, falls es etwa nötig erscheinen sollte, eine analoge Ausdehnung am Platze sein auf die Fälle, wo der Eigentümer selbst erst kraft besonderer Verpfändungsbefugnis für sich selbst, also ebenfalls (in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 366) für den Eigentümer zu verfügen, im Stande ist.

Daß das H.G.B. ein umfassenderes Prinzip als das B.G.B. aufweist, erscheint begründet in den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs. Hier ist es außerordentlich häufig, daß nicht der Eigentümer selbst, sondern für ihn Kommissionäre und Agenten Rechtsgeschäfte vornehmen. Würde

---

[16]) Übst. Planck ad §§ 932—935, 2 c β, Abs. 2.

aber das Recht eine Prüfung ihrer Vollmacht verlangen, „so wäre das Geschäft mit Kommissionären und Agenten, das für den modernen Verkehr unentbehrlich ist, unmöglich gemacht“ [17]).

Abschließend kommen wir somit zu dem Resultate: Wenn auch Wendt zur Begründung seiner Stellungnahme manches Bestehende vorzubringen weiß, wie z. B. die Verschiebung der Frage auf subjektives Gebiet, auf die Frage nach der Verschuldung[18]), so ist doch wenigstens de lege lata an der entgegengesetzten Ansicht unbedingt festzuhalten und der § 366 lediglich anzusehen als ein Sonderrecht für den Handelsverkehr unter Kaufleuten[19]).

II. Es bleibt uns noch ein Fall besonders zu betrachten übrig:

Ein als solcher gekannter Nichteigentümer verpfändet in eigenem Namen eine Sache mit Zustimmung desjenigen, den der Erwerber gutgläubig für den Eigentümer hält. Erwirbt dieser ein Pfandrecht?

Von den sub I behandelten Fällen unterscheidet sich dieser dadurch, daß dort vorliegt guter Glaube an eine Verfügungsmacht kraft fremden Rechts, wobei das fremde Recht regelmäßig auch wirklich besteht, aber ohne daß von diesem eine Verfügungsmacht abgeleitet wäre, während hier vorliegt guter Glaube an ein fremdes Recht, das in Wirklichkeit bei derjenigen Person, bei der es angenommen wurde, gar nicht besteht, wiewohl tatsächlich von dieser Person eine Tätigkeit ausgegangen ist, die wenn das vermeintliche Recht bei jener Person bestanden hätte, im Stande gewesen wäre, den Verpfänder

---

[17]) Hachenburg S. 158.

[18]) Wendt S. 73ff.

[19]) Übst. u. a. Fischer-Henle ad § 932, Anm. 9; Endemann II, § 81, Anm. 43; Staub ad § 366, Anm. 17; Matthias II, § 19, S. 49, Anm. 1; Düringer u. Hachenburg S. 459 unten.

mit Verfügungsmacht auszustatten. Man wird darum diesen Fall nicht einfach ohne weiteres unter die sub I behandelten Fälle rechnen können. Größere Ähnlichkeit scheint er fast mit dem Fall zu haben, daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen, der zwar Nichteigentümer ist, aber gutgläubig für den Eigentümer gehalten wird, eine Sache verpfändet. Von diesem unterscheidet er sich aber wiederum wesentlich dadurch, daß dort der Vertretene als Verpfänder in die Erscheinung tritt und der § 164 die Wirkungen aus Handlungen des Vertreters unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten läßt. Daher dort vorliegt Erwerb vom Nichteigentümer in gutem Glauben an sein Eigentum, während hier als Verpfänder lediglich der Handelnde selbst hervortritt und dieser als Nichteigentümer gekannt ist. Man wird darum wohl zu dem Resultat kommen, daß auch hier der § 1207 keine, auch keine entsprechende Anwendung zu finden hat. Der gute Glaube, daß ein Dritter Eigentümer sei, von dem der Auktor seine Verfügungsmacht herleitet, wird eben deshalb nicht von Bedeutung sein können, weil der Dritte an dem Rechtsgeschäft nicht, und insbesondere nicht beteiligt ist als Verpfänder[20]).

4. Allgemein notwendige Voraussetzungen und Grundlagen für den gutgläubigen Pfandrechtserwerb.

§ 9.

Es ist hier einerseits abzusehen von den besonderen Voraussetzungen des besonderen Schutzes beim Erbschein und den übrigen amtlichen Zeugnissen sowie bei der Bevollmäch-

[20]) So auch Planck a. a. O.; a. A. Eccius in Gruchots Beiträge, Bd. 47, S. 62 f.

tigung, ferner von der Bedeutung des Güterrechtsregisters, worüber oben an den entsprechenden Stellen das Notwendigste gesagt ist, andrerseits aber auch von den Erfordernissen, die bei den einzelnen Bestellungsarten besonders erfüllt sein müssen und worüber aus Kapitel II das Erforderliche zu ersehen ist.

I. Der Erwerb muß sein ein Erwerb vom Nichtberechtigten, sei es nun, daß dieser Nichteigentümer ist oder daß er zwar Eigentümer ist, aber als solcher in seiner Verfügungsmacht gebunden. Beim Erwerb vom Berechtigten würde es sich um reine Singularsukzession handeln. Die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens könnten daher nicht zur Anwendung kommen. Vgl. oben § 4, I, 1 S. 20.

II. Der Erwerber muß in einer bona fides solchen Inhalts sein, wie er gemäß den vorausgegangenen Erörterungen zum Pfandrechtserwerb erforderlich und genügend ist.

III. Es muß sich handeln um einen rechtsgeschäftlich vermittelten Pfandrechtserwerb. Diese Voraussetzung ergibt sich für uns lediglich aus der Beschränkung unserer Abhandlung auf das Vertragspfand. Auf die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Pfandrechte möglich ist, ist aus diesem Grund nicht einzugehen.

IV. Keine notwendige Voraussetzung dagegen ist es, daß das den Pfandrechtserwerb vermittelnde Geschäft ein entgeltliches ist. Es kann ebensowohl ein entgeltliches wie ein unentgeltliches sein. Doch dürfte bei dieser Gelegenheit die Frage zu beantworten sein, ob eine Verpfändung überhaupt den Charakter einer unentgeltlichen Verfügung annehmen kann. Sie dürfte wohl zu bejahen sein für den Fall, daß der Pfandbesteller eine Sache verpfändet, um eine Forderung zu sichern, die dem Erwerber nicht gegen ihn

selbst, sondern gegen einen Dritten zusteht[1]) oder für den Fall, daß er dem persönlichen Schuldner gestattet, jene Sache für seine Schuld zu verpfänden[2]). Hierin wird man eine unentgeltliche Zuwendung an den Schuldner finden können, die Schenkung ist, sofern sie den Erfordernissen des § 516, I genügt. Ob sie Schenkung auch sein kann im Verhältnis zum Pfandgläubiger, ferner, ob überhaupt eine Verpfändung durch den Schuldner Schenkung an den Pfandgläubiger sein kann, ist bestritten. Uns genügt es, konstatiert zu haben, daß eine Verpfändung möglicherweise Schenkung sein kann, wodurch die Bedeutung der §§ 2113, II, III, 1446 auch für die Verpfändung erwiesen ist[3]). Auf die weitere Kontroverse hier näher einzugehen, dürfte zu weit führen.

V. Gegenstand des Fahrnispfandrechts muß eine bewegliche Sache sein. An wesentlichen Bestandteilen ist kein Pfandrecht möglich § 93. Ein Pfandrecht kann jedoch bestehen an dem Anteil eines Miteigentümers, vgl. § 1258. Uns hier auf den Begriff der Pfandsache nach B.G.B. näher einzulassen, dürfte ebenfalls zu weit abführen.

VI.[4]) Das Rechtsgeschäft, auf dem der Rechtserwerb basiert, muß sein ein rechtsgültiges und rechtsbeständiges, d. h. ein solches, das, falls der Auktor berechtigt wäre, das Pfandrecht auch wirklich zu begründen imstande wäre. Denn durch den guten Glauben kann nur geheilt werden einer der genannten Mängel im Rechte des Bestellers, dagegen ist er

---

[1]) Dernburg, „Pfandrecht" I, S. 169 f.; Bekker, „Pandektenrecht" II, S. 179; Savigny, „System des heutigen röm. Rechts", Bd. 4, S. 55 u. Anm. e.

[2]) Burckhard, „Zum Begriff der Schenkung" S. 123 u. Anm. 1.

[3]) Übst. Planck, der ad § 2113. 3 unter den in Betracht kommenden Paragraphen den § 1207 mit anführt.

[4]) Vgl. zum folgenden insbesondere Wendt S. 22 ff.; ferner Hachenburg S. 132; auch Motive III, S. 344 unten.

keineswegs imstande, auch Mängel im Rechtsgeschäft auszugleichen, gleichgültig, ob er sich auf diese mitbezieht oder nicht.

Der gute Glaube ist daher rechtlich ohne Wirkung:

1. Gegenüber solchen Mängeln, die ihren Grund haben in persönlichen Eigenschaften des Verpfänders, wie z. B. in seiner Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränktheit bei mangelnder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

2. Gegenüber solchen, die sich darstellen als Nichtbeobachtung der erforderlichen Form, so wenn beispielsweise Schriftform gewillkürt war (§ 125, II).

3. Gegenüber solchen, die ihren Grund haben im Inhalt des Rechtsgeschäfts. So wenn beispielsweise das Rechtsgeschäft nichtig ist aus § 134 oder § 138 oder wenn es anfechtbar ist.

4. Speziell beim Pfandrechtserwerb muß infolge der rein akzessorischen Natur des Pfandrechts (vgl. §§ 1204, 1250, 401, 1252, 1256, I) auch eine Forderung vorhanden sein, deren Sicherung das Pfandrecht dienen soll und zwar eine solche, die eventuell in eine Geldforderung umzuwandeln ist § 1228, II. Die Forderung braucht aber noch nicht existent zu sein. Es genügt auch eine künftige oder bedingte Forderung § 1204, II. Andrerseits kann auch für verjährte Forderungen eine Pfandbestellung wirksam erfolgen § 222, II, 2, § 223 [5]). Ebenso wie eine Forderung kann auch ein dinglicher Anspruch durch ein Pfandrecht gesichert werden [6]). Nicht sind dagegen pfandrechtlicher Sicherung fähig der Ehemäklerlohn, die Spiel- und Wettverbindlichkeit [7]). Auf alle Fälle aber ist es gleichgültig, ob die Pfandbestellung erfolgt zur Sicherung einer Forderung, die dem Erwerber gegen den

[5]) Planck ad § 1204. 2 b.

[6]) Kober ad § 1204 I, 1 a, ε; Biermann ad § 1204. 3.

[7]) Planck ad § 1204. 2a; Kober a. a. O. δ.

Verpfänder selbst zusteht oder einer solchen, die ihm zusteht gegen eine dritte Person.

Da sonach eine Forderung notwendige Grundlage für den Pfandrechtserwerb überhaupt ist, so kann so wenig bei entschuldbarem wie bei unentschuldbarem Irrtum darüber, daß eine für eine Pfandbestellung taugliche Forderung vorhanden sei, ein Pfandrecht entstehen, selbst dann nicht, wenn allen sonstigen Erfordernissen genügt ist.

Zusammenfassend können wir sagen:

Nicht das ungültige Rechtsgeschäft gültig zu machen, nur dem gültigen aber an sich unwirksamen Rechtsgeschäft zu seinen regelmäßigen Wirkungen zu verhelfen, vermag die bona fides.

5. Die Person, in der der gute Glaube vorhanden sein muß.

§ 10.

I. Im Regelfall.

In gutem Glauben muß sein der Erwerber des Pfandrechts, der Pfandgläubiger. Völlig gleichgültig ist es, ob der Auktor selbst gewußt hat, daß er nichtberechtigt ist oder, ob er sich entschuldbar für berechtigt gehalten hat.

II. Im Fall der Vertretung.

1. Tritt für den Erwerber ein Vertreter auf, sei es nun ein Bevollmächtigter oder ein gesetzlicher Vertreter, so ist in der Regel der gute Glaube des Vertretenen gleichgültig, vielmehr kommt die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertreters allein in Betracht § 166, I. Der Vertreter ist im Unterschied vom Boten, dem bloßen Erklärungswerkzeug, der Urheber seiner Willenserklärung. Daher kann auch regelmäßig nur die Beschaffenheit seines Willens und seines

Bewußtseins rechtlich von Einfluß sein. Dieser Satz erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn der Vertreter kein gesetzlicher, sondern ein Bevollmächtigter war und nach bestimmten Weisungen seines Vollmachtgebers gehandelt hat, wie etwa dann, wenn der Vertreter angewiesen war, eine individuell bestimmte Sache zu Pfand zu nehmen. In solchem Fall müssen beide, Vertreter wie Vertretener in gutem Glauben sein. Beide erscheinen hier als Produzenten der einen Willenserklärung [1]).

Allerdings hebt Planck in Bem. 2 ad § 166 m. E. mit Recht hervor, daß in Abs. 2 des § 166 jedenfalls vorauszusetzen ist, daß die Weisung eine bestimmte gerade war mit Rücksicht auf den Umstand, auf dessen Kenntnis oder Kennenmüssen es ankommt, wie in unserem Fall beim gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts dann, wenn die Weisung spezialisiert war auf eine individuell bestimmte Sache [2]).

Insbesondere von Dernburg I, § 168 S. 491, 2 und von Rehbein, Komm. I, S. 258 wird betont, daß dem Fall des § 166, II gleichzustellen sei der, daß der Vollmachtgeber von dem bevorstehenden Geschäftsschlusse Kunde hat oder bei demselben gegenwärtig war und sich in bösem Glauben befand. Dies wird andrerseits von Planck in Bem. 2 ad § 166 und Staudinger, Bem. 6 ad § 166 bestritten, wobei letzterer zugibt, daß der Standpunkt des Gesetzes ein unbefriedigender und ungesunder sei. Wenn wir den § 166, II ins Auge fassen, so fällt uns vor allem auf die Beschränkung seines Inhalts auf den Fall der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht. Rehbein, Komm. I, S. 259 findet den Grund darin, daß bei der gesetzlichen Vertretung, wie bei

[1]) So Planck ad § 932, 2. 4. Abs.; Staub ad § 366, Anm. 15; ad § 166, Bem. 4 Staudinger; a. A. Hölder ad § 166, Bem. 5, vgl. aber hiergegen den § 166 I.

[2]) A. A. Staudinger ad § 166. 6. III. Abs.

der Repräsentation von juristischen Personen, die Person des Vertretenen juristisch zurücktritt, mit der des Vertreters eins ist, der Wille des Vertretenen garnicht in Betracht kommt. Dies ist richtig. Das Gleiche aber läßt sich auch bei der Vollmacht geltend machen in den bestrittenen Fällen, wo der Vertreter ohne bestimmte Weisung gehandelt hat[3]). Die beiden Einschränkungen, bei deren Zusammentreffen allein der § 166, II Anwendung finden soll, hängen eben innerlich zusammen. „Weisungen", d. h. Willensäußerungen, die in ihrem bestimmten Inhalt als Richtschnur für einen anderen bezüglich seines Verhaltens rechtlich verbindlich sind[4]), kann überhaupt nur ein Vollmachtgeber erteilen. Ein Mündel, ein Geisteskranker kann keine „Weisungen" geben, er kann nur Wünsche oder einen tatsächlichen Willen äußern, der jedoch seinen gesetzlichen Vertreter in keiner Hinsicht rechtlich zu binden vermag. Der Begriff der Weisung ergab somit von selbst die weitere Beschränkung des § 166, II auf die rechtsgeschäftliche Vertretung. Damit aber ist zugleich der Schluß außerordentlich nahe gelegt, daß dem Gesetzgeber bei dieser Beschränkung gerade auf die rechtsgeschäftliche Vertretung die Möglichkeit einer anderweitigen, rechtlich unverbindlichen Beeinflussung des Vertreters durch einen bösgläubigen Vertretenen oder gar nur eines rein passiven Verhaltens des letzteren trotz seiner mala fides zu Bewußtsein gekommen sein muß. Bei der ausdrücklichen Beschränkung auf die Vollmacht wird man doch annehmen dürfen, daß dem Gesetzgeber der Gedanke gekommen war, daß auch einmal der Mündel zwar keine Weisungen, aber doch den Antrieb zu einem Geschäftsabschluß gegeben haben könne. Ebenso wie hier, hat aber auch bei der Vollmacht in den

---

[3]) So auch Staudinger a. a. O.

[4]) Vgl. §§ 662, 675 mit § 665.

bestrittenen Fällen die Kenntnis oder Anwesenheit des Vertretenen in keinerlei Weise rechtlich erheblichen Einfluß auf den Vertragsschluß. Es erscheint danach wohl die ausdrückliche Beschränkung des § 166, II auf eine bestimmte Weisung mit Rücksicht auf seine andere Beschränkung auf die Vollmacht, als eine vom Gesetzgeber im Bewußtsein ihrer Tragweite entschieden beabsichtigte, indem er eben den § 166, II nur dann angewendet wissen will, wenn der Vertretene an dem Zustandekommen der konkreten Willenserklärung nicht nur tatsächlich, sondern in rechtlich erheblicher Weise beteiligt war[5]). Demnach dürfte der § 166, II einer analogen Ausdehnung nicht fähig sein. Dieses Ergebnis scheint allerdings für die Praxis „unbefriedigend und ungesund". Allein es ist nicht gar so unbillig, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat, da ja auch der aus § 826 regelmäßig gegebene obligatorische Schadensersatzanspruch zunächst auf Naturalrestitution gerichtet ist[6]).

2. Einen Zweifel über die Person desjenigen, der in gutem Glauben sein muß, könnte man m. E. allenfalls noch in folgendem Falle hegen:

Die Vertretungsmacht hat nicht die Bedeutung, daß ohne sie Vertretung überhaupt undenkbar wäre, vielmehr nur die, daß ohne sie unmöglich ist eine von vornherein rechtswirksame Vertretung (vgl. §§ 177—180). Angenommen nun den Fall, es nimmt jemand als Vertreter, wiewohl ihm Vertretungsmacht fehlt, im Namen eines anderen eine Sache zu Pfand, in gutem Glauben an das Eigentum des Pfandrechtsbestellers, der nur Depositar, also Nichteigentümer ist, so hängt gemäß § 177, I die Wirksamkeit des Vertrags für

---

[5]) In gleichem Sinne sprechen sich die Motive aus, Bd. I, S. 227, Abs. 2 unten.

[6]) Übst. auch Cosack in seinem Beispiel: § 67 II, 5. 3, S. 225.

und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab, der ihrerseits rückwirkende Kraft zukommt § 184, I. Es fragt sich nun, kann der Vertretene kraft seiner Genehmigung diesen Rechtserwerb auch dann machen, wenn er weiß, daß die Sache dem Verpfänder garnicht gehört? Zunächst möchte es fast so scheinen, wenn das Gesetz in § 166, I für die erforderliche Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände ausdrücklich die Person des Vertreters für maßgebend erklärt. Allein entsprechend unserem Empfinden dürfte man auch an der Hand des Gesetzes selbst zu einem befriedigenderen Ergebnis gelangen. Gemäß § 166, I kommt die Person des Vertreters in Betracht, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung — jedenfalls aber doch *seiner* Willenserklärung; denn dieser Satz gründet sich, wie oben erwähnt, darauf, daß der Vertreter der Produzent der Willenserklärung ist[7]) — durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden. Geht dagegen eine Willenserklärung nicht vom Vertreter, sondern vom Vertretenen aus, so kann doch nur seine Person dafür maßgebend sein, inwieweit die rechtlichen Folgen seiner Willenserklärung beeinflußt werden durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände. Die rechtliche Folge der Willenserklärung des Vertreters ist aber im vorliegenden Falle Wirksamkeit des Vertragsschlusses gegenüber dem Vertretenen nur dann, wenn dieser genehmigt (§ 177, I). Der dingliche Vertrag als solcher hat demnach an und für sich nicht schon zur rechtlichen Folge den Pfandrechtserwerb des Vertretenen. Vielmehr stellt sich dieser erst ein als rechtliche Folge desselben in Verbindung mit der nachfolgenden Genehmigung des Vertretenen. Für die Beurteilung der rechtlichen Folgen einer Willenserklärung des Vertretenen kann aber nach Obigem nur dessen eigene Kenntnis

---

[7]) Darauf weist ja auch die Ausnahme in § 166 II hin.

bezw. Kennenmüssen in Frage kommen. Es kommt sonach der Pfandrechtserwerb zustande als die rechtliche Folge zweier Willenserklärungen, durch das Zusammenwirken zweier Rechtsakte, für deren ersten nur das Wissen des Vertreters, für dessen letzteren nur das Wissen des Vertretenen in Betracht kommen kann. Beide, sowohl Vertreter als Vertretener, müssen dementsprechend in bona fide sein, der Vertreter gemäß § 166, I, insoweit sich der Erwerb als rechtliche Folge seiner Willenserklärung darstellt, dagegen der Vertretene gemäß § 1207, da der Erwerb auch noch als rechtliche Folge seiner Willenserklärung eintritt und er der Erwerber im Sinne des § 1207 ist.

3. Im Fall einer Kollektivvertretung, wie sie namentlich möglich ist bei der Gesellschaft des B.G.B. nach §§ 710, 709 genügt die mala fides eines einzigen Vertreters, um den Rechtserwerb auszuschließen. Im übrigen gilt auch hier für jeden einzelnen Gesamtvertreter entsprechend das im Obigen für den Einzelvertreter Bemerkte [8]).

III. Erwerb durch eine Personenmehrheit.

1. Beim Gesamthandspfandrecht.

Ein Gesamthandsverhältnis ist die Gesellschaft nach B.G.B. (vgl. § 719). Steht der Gesellschaft als solcher eine Forderung gegen einen beliebigen Dritten zu, so begründet diese das Verhältnis einer sogen. Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand. Ist der Dritte etwa selber ein Gesellschafter und bestellt er der Gesellschaft, für die ihr ihm gegenüber zustehende Forderung ein Pfandrecht, so kommt dieses zur Entstehung als ein Gesamthandspfandrecht. Bestellt er

[8]) Staub ad § 366, Anm. 15; Biermann ad § 932. 2; Kober ad § 932. II. 1 f.

es an einer fremden Sache, so kommt es nur dann zur Entstehung, wenn der Erwerber, die Gesellschaft in bona fide ist; es muß m. a. W. jeder einzelne Gesellschafter in bona fide sein, falls nicht Vertreter handeln; denn bei der Gesellschaft wird ein Rechtserwerb allen Gesellschaftern anteilig, aber zur gesamten Hand gemacht, jeder einzelne Gesellschafter ist Erwerber im Sinne des § 1207 (§ 932). Im gegebenen Fall ist darum der Verpfänder selbst zugleich Erwerber in seiner Eigenschaft als Gesellschafter. Ein Pfandrechtserwerb der Gesellschaft ist daher nur dann möglich, wenn dieser selber in bona fide war, d. h. wenn er selber entschuldbar gar nicht gewußt hat, daß die Sache, die er zu Pfand gibt, eine fremde ist, resp., daß er bezüglich derselben verfügungsbeschränkt ist. Wir haben hier den seltenen Fall, daß einmal der unter I aufgestellte Satz, daß es auf den guten Glauben des Auktors selbst nicht ankommen könne, durchbrochen wird. Denn wollte man annehmen, daß ein Pfandrecht auch schon bei gutem Glauben der übrigen Gesellschafter zur Entstehung gelange und nur in Höhe des Anteils des bösgläubig verpfändenden Gesellschafters das Pfandrecht an der Sache entfalle, so würde es gleichwohl wenigstens in dem Umfang, in dem es zur Entstehung gelangt ist, der Gesellschaft und damit auch wieder zu seinem Anteil dem verpfändenden Gesellschafter selbst trotz seiner mala fides erworben[9]).

Ist der Schuldner nicht selbst Gesellschafter, so gilt natürlich entsprechend das Gleiche: Alle Gesellschafter, bezw. die Vertreter der Gesellschaft müssen in bona fide sein.

---

[9]) Vgl. hierzu Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, Bd. 9, S. 143.

2. Beim Mitpfandrecht nach Bruchteilen.

Die Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741) ist bei Forderungen nur möglich, soweit solche gerichtet sind auf Leistungen, die, sei es wegen der Natur ihres Gegenstands, sei es kraft Parteiwillens unteilbar sind (§ 420). Auf Grund der akzessorischen Natur des Pfandrechts wird man dementsprechend auch schließen dürfen, daß zur Sicherung teilbarer Forderungen im Zweifel kein Mitpfandrecht, sondern mehrere Pfandrechte gleichen Inhalts und gleichen Ranges an derselben ganzen Sache zur Entstehung gelangen[10]), so daß für den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten bei jedem Einzelnen nur sein guter Glaube maßgeblich sein kann. Dagegen wird man gleichfalls mit Rücksicht auf die akzessorische Natur des Pfandrechts zugeben müssen die Möglichkeit seiner Existenz als eines Mitpfandrechts nach Bruchteilen zur Sicherung von Forderungen, die, sei es wegen der Natur ihres Gegenstands, sei es kraft Parteiwillens unteilbar mehreren zustehen in Form der Mitberechtigung nach Bruchteilen. Was die rechtliche Natur eines solchen Mitpfandrechts anlangt, so ist sie außerordentlich bestritten[11]). Für unsere Betrachtung stellen wir uns auf den Standpunkt, daß das Recht selbst begriffsgemäß nicht als geteilt gedacht werden kann, daß vielmehr geteilt ist das Rechtsobjekt und zwar ideell seinem Werte nach. Die Quote besteht am Werte des Objekts. Darnach stellt sich das Mitpfandrecht nach Bruchteilen für jeden einzelnen Pfandgläubiger dar als ein ganzes Pfandrecht an einer Wertquote der Sache. Dem widerspricht nicht, daß der Pfandverkauf der Sache nur von allen zugleich betrieben werden kann § 747, 2. Denn die Sache als Gegenstand des Pfandverkaufs ist Rechtsobjekt

---

[10]) Vgl. Mot. Bd. III, S. 434 oben.

[11]) Vgl. Windscheid-Kipp I, § 142 sowie Anm. 10a u. Anm. 11.

nur für das Mitpfandrecht, d. h. für die Rechte sämtlicher Teilhaber zusammengenommen. Dem entspricht es auch, daß jeder Teilhaber über seinen Anteil als etwas selbständiges verfügen kann § 747, 1. Und damit wird auch bestätigt, daß so gut wie an dem Anteil eines Miteigentümers (§ 1258) ein Pfandrecht bestehen kann, auch ein Alleineigentümer die Bestellung von Fahrnispfandrechten beschränken kann (zwar nicht auf einen Bruchteil seines „Eigentums“[12]), sondern) auf eine Wertquote seines Eigentumsobjekts. Das Mitpfandrecht stellt sich demnach dar als eine Mehrheit von Pfandrechten an Wertquoten einer Sache, die als ganzes Objekt der mehreren Pfandrechte in ihrer Gesamtheit, also des Mitpfandrechts ist. Hieraus ergibt sich für unsere Frage: Wenn ein Nichteigentümer eine Sache an zwei Personen verpfändet in der Weise, daß für diese ein Mitpfandrecht nach Bruchteilen zur Entstehung gelangen soll, wobei der eine Erwerber gutgläubig, der andere bösgläubig ist, daß überhaupt nicht entsteht ein Mitpfandrecht, vielmehr ein gewöhnliches Pfandrecht an der Sache, allerdings beschränkt auf einen Bruchteil, eine Wertquote derselben. Das Eigentum ist in diesem Fall zu einem Bruchteil mit einem Pfandrecht belastet, eine Möglichkeit, die bereits oben erwähnt wurde und allgemein zugegeben wird[13]). Der Pfandgläubiger kann natürlich in solchem Fall durch Pfandverkauf nur verwerten sein Pfandobjekt, d. i. die Wertquote. Er überträgt somit auf den Pfandkäufer nur Miteigentum (vgl. § 1258, IV).

Zusatz:

Diesem Resultat ist noch ergänzend beizufügen.

a) Wenn ein vermeintlicher Miteigentümer, dem tat-

[12]) Wie sich Cosack II, § 282 I 1 b Abs. 3 ausdrückt.

[13]) Vgl. z. B. Cosack II, § 282, I, 1 b, Abs. 3 u. oben Anm. 12, ferner Planck ad § 1258. 7.

sächlich kein Recht an der Sache zusteht, sein „Miteigentum" an einem Gutgläubigen verpfändet, so erwirbt dieser ein Pfandrecht an der Sache in der Weise, daß nur zu einer Wertquote der wahre Eigentümer an seiner Sache sein freies Eigentum behält und zu der anderen Quote ein solches, das von nun an pfandrechtlich belastet ist.

b) Wenn ein vermeintlicher Alleineigentümer, der jedoch in Wahrheit nur Miteigentümer ist, ein Pfandrecht an der ganzen Sache bestellt, so erwirbt der Gutgläubige ein solches an der ganzen Sache, der Bösgläubige dagegen würde keines erwerben. Ob der Bösgläubige als Singularsukzessor ein Pfandrecht wenigstens an der Quote seines Rechtsurhebers erwirbt, beurteilt sich wohl gemäß § 157 darnach, ob der Vertrag im konkreten Fall eine solche Auslegung zuläßt.

c) Wenn ein vermeintlicher Alleineigentümer, dem tatsächlich überhaupt kein Recht an der Sache zusteht, einem Gutgläubigen ein Pfandrecht auf einen Bruchteil der Sache beschränkt, bestellt, so erwirbt jener ein solches am Bruchteil.

3. Beim Gesamtpfandrecht.

Sollte schließlich noch ein Pfandrecht (zur Sicherung einer aktiven Korrealobligation § 428) in der seltenen Erscheinung eines Gesamtpfandrechts vorkommen, so liegt die Sache einfach. Es bestehen für die mehreren Personen eine Mehrheit selbständiger Pfandrechte identischen Inhalts. Bei Verpfändung durch einen Nichteigentümer ist daher für den Rechtserwerb eines jeden nur sein guter Glaube maßgeblich[14]).

4. Bei juristischen Personen

liegt im Rechtssinne keine Personenmehrheit, sondern Personeneinheit vor. Sie handelt nur durch gesetzliche Vertreter. In diesen muß daher der gute Glaube vorhanden sein. Vgl. hierzu sub II oben.

[14]) Vgl. hierzu Cosack II, S. 462ff.

6. Die Wirkungen des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs.

§ 11.

I. Sind die genannten Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt und außerdem diejenigen, die sich im folgenden (Kapitel II) bei den einzelnen Bestellungsarten noch als notwendig ergeben werden, so tritt als Wirkung des guten Glaubens der erstrebte Rechtserwerb ein trotz der Nichtberechtigung des Verfügenden. Die notwendige Konsequenz ist die, daß der wahre Eigentümer, die so ohne sein Zutun und wider seinen Willen entstandene Beschränkung seines Herrschaftsrechts als eine rechtlich existente gelten lassen und sich begnügen muß mit etwaigen obligatorischen Ansprüchen gegen den Verpfänder. Ja, unter Umständen könnte sogar, falls er sich nicht gerade zur Befriedigung des Pfandgläubigers verstehen wollte (§ 1249), sein Eigentum untergehen, wenn sich jener im Wege berechtigten Pfandverkaufs aus der Sache seine Befriedigung holte. Ja, käme er zufällig, etwa durch Besitzverlust[1]) des Pfandgläubigers, während noch dessen Pfandrecht fortdauert, in den Besitz der Sache, er könnte sich gegenüber der Pfandklage aus § 1227 nicht einmal auf sein Eigentum berufen; denn einwandweise könnte der Eigentümer die Analogie des § 986, I, 1 zu seinen Gunsten deshalb nicht geltend machen, weil er dem Pfandgläubiger gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist[2]). Schließlich kann der gutgläubige Pfandrechtserwerber sein Pfandrecht nebst Forderung auf einen Dritten übertragen (§ 1250, I) und dieser würde es auch dann erwerben, wenn er wüßte, daß sein Rechtsvorgänger es vom Nichteigentümer erworben hatte.

---

[1]) Also nicht nach § 1253 I, 1.

[2]) Vgl. Planck ad § 1227, 1, Abs. 3.

Letzteres „gilt aber nicht aus Rücksicht auf den nachfolgenden Erwerber, sondern weil“ eine gegenteilige Bestimmung, die notwendig wäre, „das Recht des ersten (gutgläubigen) Erwerbers schwächen würde“. „Er wäre sonst nicht im Stande, sein Recht vollwirksam zu übertragen“ [3]).

War der Verpfänder nur Miteigentümer und hat er einem Gutgläubigen ein Pfandrecht an der ganzen Sache bestellt, so gilt entsprechend das Gleiche.

II. Erscheint darnach die Lage des bisherigen Eigentümers als eine äußerst ungünstige und harte, so stehen ihm doch meist gewisse Mittel zu Gebot, um möglicherweise sein lastenfreies Eigentum zurückzuerlangen oder doch wenigstens Ersatz seines Schadens zu erhalten.

Vor allem hat er, wie bereits angedeutet die Möglichkeit, sobald die persönliche Forderung zahlbar ist, den Pfandgläubiger zu befriedigen § 1249, 1. Die Wirkung ist dann die, daß jene Forderung auf ihn übergeht § 1249, 2; § 268, III, 1 und mit ihr das Pfandrecht § 1250, § 412. Zwar erlischt dann das Pfandrecht regelmäßig durch Konfusion § 1256. Die persönliche Forderung bleibt jedoch bestehen.

Davon abgesehen aber stehen dem Berechtigten, wie oben bemerkt, obligatorische Ansprüche gegen den Verpfänder zu:

A) Bei Verpfändung durch den Nichteigentümer.

1. Im Fall des § 1207 hat der Eigentümer gegen den Verpfänder nebeneinander

a) einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Grund des § 816, I, wobei sich dessen nur schwer zu bestimmender Umfang im einzelnen nach §§ 818, 819 bemißt. Mala fides superveniens verschärft die Haftung gemäß § 819, I.

---

[3]) So Regelsberger in Iherings Jahrbuch, Bd. 47, S. 356, § 8.

b) War die Eigentumsverletzung eine schuldhafte, so hat er außerdem gegen den Verpfänder einen Schadensersatzanspruch ex delicto aus § 823, möglicherweise auch, wenn dessen besondere Voraussetzungen erfüllt sind, aus § 826, die in erster Linie (§ 249, 1) auf Naturalrestitution gerichtet sind, d. h. auf Befreiung des Eigentums[4]).

c) Bestand etwa ein Vertragsverhältnis zwischen Eigentümer und Verpfänder, z. B. Leihe, Miete ꝛc., so steht ihm möglicherweise an Stelle seines kontraktlichen Herausgabeanspruchs (§§ 604, 556, I, III) ein Ersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Leistung zu.

d) Hat der Verpfänder als negotiorum gestor gehandelt, so hat der Eigentümer auch Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag §§ 678, 682[5]).

2. War im Fall der Verpfändung entsprechend § 2366, § 2370 der als Erbe angesehene nicht Erbe, so stehen dem wahren Erben gegen den Scheinerben Ansprüche aus §§ 2018, 2019, 2031 zu, die sich bei Unmöglichkeit der Leistung in Ersatzansprüche verwandeln. Eventuell sind daneben (ebenso in den entsprechenden Fällen der §§ 1507, 2368), falls deren besondere Voraussetzungen erfüllt sind, ebenfalls Ansprüche aus § 816, resp. § 823 gegeben. Möglicherweise besteht auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Richter aus § 839[6]).

B. Im Fall der Verpfändung durch den in seiner Verfügungsmacht Gebundenen.

1. Bei Gebundenheit infolge einer suspensiven resp. resolutiven Bedingung oder Betagung. In diesen Fällen hat bei Bedingungseintritt der nunmehr beeinträchtigte Eigentümer:

---

[4]) Planck, Vorbem. ad §§ 932—935, 1. Abs. 2; vgl. auch Düringer u. Hachenburg II, S. 476.

[5]) Vgl. Buhl, „Das Recht der bewegl. Sachen", S. 66 b.

[6]) Vgl. v. Reibnitz § 15.

a) Einen Bereicherungsanspruch ebenfalls aus § 816, I, da dieser zu den in § 161, III für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften gehört[7]).

b) Im Falle des Verschuldens konkurriert mit diesem ein Schadensersatzanspruch gegen den Verpfänder aus § 160, I resp. 160, II.

2. Bei Gebundenheit durch ein relatives Veräußerungsverbot oder ähnliche Verfügungsbeschränkungen.

a) Regelmäßig besteht auch hier ein Bereicherungsanspruch aus § 816, I[7]) und eventuell ein Schadensersatzanspruch aus § 823. Besonders hervorzuheben wäre aber etwa noch

b) der Fall des § 2113, II, III. Hier bestehen die Ansprüche erst vom Eintritt der Nacherbfolge an. Erst dann steht ja fest, daß durch die Verpfändung das Recht des Nacherben beeinträchtigt ist, daß der Vorerbe als Nichtberechtigter verfügt hat. Das Pfandrecht kann ja vorher immer noch z. B. durch Tilgung der Schuld erlöschen. Und zwar bestehen von jenem Zeitpunkt an:

α) Im Falle des Verschuldens und zwar nur bei dolus oder culpa in concreto (§ 2131) ein Ersatzanspruch aus § 2138, II, § 2130, I, 1.

β) Daneben ein Bereicherungsanspruch aus § 816.

c) Im Fall des § 2129 hat der Verwalter als der „Berechtigte" im Sinne des § 816, solange die Nacherbfolge nicht eingetreten ist, einen Bereicherungsanspruch aus § 816, I und außerdem im Falle des Verschuldens einen Schadensersatzanspruch aus § 823, I wegen Verletzung seines Verwaltungsrechts. Das gleiche gilt entsprechend für den Fall des § 2211 und wohl auch für die einschlägigen familienrechtlichen Verfügungsbeschränkungen.

---

[7]) Vgl. Fischer-Henle ad § 161, Anm. 5 und ad § 135, Anm. 4.

Aus all dem vermögen wir genügend zu ersehen, daß ein gewisser Ausgleich doch immerhin geschaffen ist. Und wenn auch die Verfügung des Nichtberechtigten bei gutem Glauben des Erwerbers für den Berechtigten zunächst einen empfindlichen Rechtsverlust bewirkt, so entstehen doch gleichzeitig für ihn eine Reihe obligatorischer Ansprüche, die soweit möglich, den erlittenen Schaden reparieren.

Den inneren Grund für diese Regelung findet Alfred Schulze[8]) in dem „Publizitätsgedanken" einerseits in dem „Gewährschaftsgedanken" andrerseits. Bei den anvertrauten Sachen erscheine es für den Schadensausgleich materiell gerechter, den Eigentümer an den Mann seines Vertrauens zu weisen als den gutgläubigen Erwerber an seinen Veräußerer, weil für diesen das Eigentum des Dritten der Erkennbarkeit, der Publizität ermangelte[9]). Bei gestohlenem und verlorenem Gut dagegen tritt nach Schulze der Publizitäts- hinter den Friedensschutzgedanken zurück. Ein gutgläubiger Erwerb an solchen Sachen ist zufolge des Rechtsfriedensbruchs ausgeschlossen. Hier entspricht es dem Gewährschaftsgedanken, den Erwerber an seinen ihm Gewährschaft schuldigen Veräußerer zu weisen. Und war dieser insolvent, so war es gleichwohl billiger, den, der von einem Kreditunwürdigen hatte erwerben wollen, den Schaden tragen zu lassen, als den Bestohlenen, der sich einen kreditwürdigen Dieb natürlich nicht aussuchen konnte.

Die bisher besprochene Regelung und die im vorher-

---

[8]) In Iherings Jahrbuch Bd. 49, S. 159 ff. „Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht".

[9]) Daß der Gesichtspunkt des Vertrauensmißbrauchs in diesem Sinne nicht durchschlägt in den Fällen der Veräußerung trotz Gebundenheit des Veräußernden (§ 161, § 135), wird kaum etwas dagegen beweisen, daß jene Prinzipien mindestens im Normalfall des gutgl. Erwerbs der Regelung zugrunde liegen. Vgl. hierzu Ramdohr a. a. O. S. 382.

gehenden ausgeführten Wirkungen des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs müssen wir somit einschränken als zutreffend nur für die anvertrauten Sachen. Dagegen sind diese Wirkungen ausgeschlossen bei unfreiwilligem Besitzverlust. Das Bedürfnis, eine scharfe Abgrenzung zu gewinnen, ergibt die Notwendigkeit, die Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes näher ins Auge zu fassen.

7. Ausschluß dieser Wirkungen bei unfreiwilligem Besitzverlust.

§ 12.

Die vorerwähnten Wirkungen treten gemäß den §§ 935, I, 1207 nicht ein, der gute Glaube wird nicht geschützt dann, wenn die verpfändete Sache dem Eigentümer oder dessen Besitzvermittler gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war, kurz bei unfreiwilligem Besitzverlust.

I. 1. Falls die Sache gestohlen war. Der Begriff ist der strafrechtliche, setzt aber Strafbarkeit nicht voraus[1]). Ob der Verpfänder selbst der Dieb war oder die Sache schon vorher durch mehrere Hände auch redlicher „Erwerber" gelaufen war, ist einerlei. „Sie ist gleichsam objektiv zugunsten ihres Eigentümers mit einem Banne belegt und bleibt unter dem Banne auch in der Hand aller späteren Besitzer[2])" solange, bis sie wieder in die Hand ihres rechtmäßigen Besitzers zurückgelangt ist. Nicht zu den gestohlenen, wohl aber zu den abhanden gekommenen gehören Nachlaßsachen, die dem Erben, bevor er die tatsächliche Gewalt über die Erbschaft erlangt hatte, durch einen Erbschaftsbesitzer entzogen

[1]) Biermann ad § 935. 2; Kober ad § 935 I, 2a; Düringer u. Hachenburg IV, 2a.

[2]) So Cosack II, § 198, IV, 2a.

wurden. Der § 857 begründet keinen Besitz im Sinne des Strafrechts[3]). Keine gestohlenen sind ferner unterschlagene Sachen.

2. Falls die Sache verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Beide Begriffe ergänzen sich gegenseitig und sind gewählt, „da der Begriff des Verlorenseins für sich allein an einer gewissen Unbestimmtheit leidet“[4]). Die abhanden gekommenen Sachen sind der weiteste Begriff. Sie umfassen an sich schon nicht nur die verlorenen, sondern auch die gestohlenen Sachen und bilden so den Gegensatz zum anvertrauten Gut. Abhanden gekommen ist eine Sache immer dann, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz unfreiwillig eingebüßt hat[5]). Zwar erleidet der Eigentümer in gewissem Sinne einen unfreiwilligen Besitzverlust auch dann, wenn sein Vertrauensmann (Depositar, Mieter, Leiher 2c.) die Sache unterschlägt und verpfändet. Allein hier ist zwar der mittelbare, aber nicht der unmittelbare Besitz unfreiwillig verloren. Nur der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes aber drückt der Sache für den Verkehr objektiv und dauernd den Makel der „abhanden gekommenen“ auf. Daß übrigens die gestohlenen wie die verlorenenen Sachen mit unter die abhanden gekommenen zu rechnen sind, deutet schon der Gesetzestext mit dem Wörtchen „sonst“ an. Nur exemplifikativ sind sie vom Gesetz besonders erwähnt. Im einzelnen gehören hierunter die Fälle, in denen eine Sache verwechselt, verlegt, fallen gelassen, vergessen, durch Naturgewalt oder in unerlaubter Selbsthilfe entzogen worden ist. Ferner ist eine Sache abhanden gekommen, die von einem Unzurechnungs-

---

[3]) R. E. in Straff. Bd. 34, S. 252.

[4]) So Motive III, S. 348.

[5]) So Aravantinos in Iherings Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 48, S. 176; Planck ad § 935. 2; Biermann ad § 935. 2.

fähigen, einem bewußtlos Betrunkenen oder einem Kind unter 12 Jahren weggenommen worden ist[6]). Früchte oder Bestandteile einer abhanden gekommenen Sache sind objektiv verkehrsuntauglich jedenfalls dann, wenn sie zur Zeit des Abhandenkommens bereits als selbständige Sachen existierten und gleichzeitig mit der Muttersache abhanden gekommen sind. Waren sie zur Zeit des unfreiwilligen Besitzverlustes noch in ihrer Eigenschaft als Früchte bezw. Bestandteile bei der Muttersache vorhanden, so werden nachträglich abgetrennte Bestandteile als abhanden gekommen, dagegen nachträglich bestimmungsgemäß abgetrennte Früchte als nicht abhanden gekommen anzusehen sein[7]).

3. Befindet sich die Sache in den Händen eines Besitzdieners, so ist nur der Besitzherr der Besitzer § 855 und zwar unmittelbarer. Nur diesem kann die Sache abhanden kommen und ein solches Abhandenkommen liegt schon dann vor, wenn der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache in einer die Gewalt des Herrn aufhebenden Weise mit diesem Willen aber ohne Wissen und Willen des Herrn ausübt[8]), sei es nun im eigenen Interesse oder im Interesse eines Dritten, indem er beispielsweise die Sache veruntreut und durch Bestellung eines Pfandrechts sich oder einem Dritten Kredit verschafft. Ein solches Abhandenkommen wird man aber auch dann für vorliegend erachten müssen, wenn der Besitzdiener seine Gewalt über die Sache in einer den unmittelbaren Besitz seines Besitzherrn zerstörenden Weise mit diesem Willen, aber ohne Wissen und Willen seines Herrn jedoch in dessen eigenem Interesse ausübt als negotiorum gestor wie in dem Fall, wenn er an der Sache

---

[6]) Staub ad § 366, S. 1180ff.

[7]) Vgl. Endemann S. 531, Anm. 28 am Ende.

[8]) Vgl. Planck ad § 935. 2; Kober ad § 935 I, 2b.

seines Herrn, um dessen Kredit zu stärken ohne dessen Auftrag ein Pfandrecht begründet und diese Verfügung weder dem wirklichen noch dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, wobei er sich nicht als Besitzdiener zu erkennen gab und der Erwerber ihn auch bona fide für den Eigentümer selbst hielt, der für die Forderung eines Dritten (des Besitzherrn) ein Pfandrecht bestelle. Mag man nun mit Endemann, Biermann[9]) u. a. der Ansicht sein, daß auch in solchem Fall durch die Geschäftsführung ohne Auftrag für den Geschäftsherrn in seinem Verhältnis zum Geschäftsführer, dem bisherigen Besitzdiener mittelbarer Besitz begründet werde oder mit Planck[10]) der Ansicht sein, daß zwischen beiden ein Besitzverhältnis überhaupt nicht mehr bestehe, jedenfalls hat der Geschäftsherr wider seinen Willen den unmittelbaren Besitz verloren, die Sache ist abhanden gekommen und darum kann auch in solchem Fall ein Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangen. Entsprach dagegen das Geschäft dem mutmaßlichen, wenn auch nicht dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn und hat der Geschäftsführer wegen Gefahr im Verzug die Entschließung des Geschäftsherrn nicht abwarten können, so läge m. E. trotz eines derartig unfreiwilligen Besitzverlustes für den dominus negotii doch kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 vor deshalb, weil hier notgedrungen ein bestimmter, allerdings möglicherweise dem tatsächlichen Willen des Geschäftsherrn entgegengesetzter Willensinhalt kraft Gesetzes gewissermaßen präsumiert wird. Vgl. §§ 677, 681, 1. Abhanden gekommen ist dem Besitzherrn eine Sache ferner dann, wenn sie dem Besitzdiener abhanden kommt, es müßte denn gerade sein, daß sie in die Gewalt des Besitzherrn gelangt ist.

---

[9]) Z. B. Biermann ad § 868. 6.

[10]) Planck ad § 868, S. 62 unten.

Insoweit man, abgesehen von dem Fall des Besitzdieners eine Stellvertretung im unmittelbaren Besitz anerkennen will, wie etwa für den Vorstand einer juristischen Person[11]), ist der Vertretene unmittelbarer Besitzer und gilt entsprechend das soeben in Ansehung des Besitzdieners Bemerkte.

4. Nach § 105 ist rechtlich willensunfähig der Geschäftsunfähige (vgl. § 104), sowie ein jeder in Hinsicht auf eine solche Erklärung, die er abgibt im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit wie z. B. im Schlaf oder der Hypnose. Die Besitzaufgabe eines derart Willenslosen ist anzusehen als Besitzverlust ohne Willen[12]).

5. Bestritten ist die Frage, ob die Besitzaufgabe einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters anzusehen ist als unfreiwilliger Besitzverlust. Und ferner ist bestritten die Frage, ob die Sache eine abhanden gekommene ist, deren Besitzaufgabe herbeigeführt ist durch Irrtum, arglistische Täuschung oder widerrechtliche Drohung. Ich möchte beide Fragen im Anschluß an die überwiegend vertretene Ansicht verneinen. Vor allem deshalb, weil das Abhandenkommen etwas tatsächliches ist und daher der Kategorie einer Rückwirkung nicht unterliegen kann oder höchstens unterliegen kann kraft gesetzlicher Fiktionen. Solche — ohnehin höchst bedenkliche — Fiktionen soll man aber nicht in das Gesetz hineintragen, wo sie nicht wirklich ausgesprochen sind. Für diese Ansicht sprechen schließlich auch noch Zweckmäßigkeitserwägungen. Denn wollte man auf Grund der Anfechtung mit rückwirkender Kraft nunmehr die Sache als eine von Anfang an abhanden ge-

---

[11]) Vgl. Planck ad § 854. 5; Kober ad § 854 IV 3.

[12]) So Mot. III, S. 348; Planck ad § 935. 2; Fischer-Henle ad § 935, Anm. 1; Kober ad § 935 I, 2b u. a.

kommene betrachten, den § 935 mit rückwirkender Kraft für anwendbar erklären und darnach das zunächst auf Grund des § 932 erworbene Pfandrecht nunmehr mit rückwirkender Kraft nach § 935 wieder als nicht erworben worden ansehen, so würde dadurch in weit empfindlicherem Maße als in den übrigen Fällen des § 935 das Gegenteil von dem bewirkt, was das Prinzip des Schutzes des guten Glaubens im allgemeinen bewirken will, nämlich keine Erhöhung, sondern eine bedenkliche Gefährdung der Verkehrssicherheit, zumal wenn man in Betracht zieht, daß eine Anfechtung unter Umständen bis zu dreißig Jahren erfolgen kann und gerade bewegliche Sachen ihren „Eigentümer" sehr rasch und sehr oft wechseln. Übrigens darf man auch hier nicht außer Acht lassen, daß ja auf alle Fälle der Erwerb eines Schlechtgläubigen durch § 142, II vereitelt wird[13]).

Dagegen liegt ein Abhandenkommen vor bei absolutem physischem Zwang. Als freiwillige Aufgabe wird man jedoch anzusehen haben eine Scheinveräußerung, da hier die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes tatsächliches Motiv für die Veräußerung ist und daher notwendig gewollt ist und nicht gewollt nur ist die ihr von der Rechtsordnung im gewöhn-

---

[13]) Immerhin bleibt die Frage sehr zweifelhaft. Sie wird bejaht bezüglich der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen von Endemann S. 532 und Planck ad § 935. 2, Abs. 2, verneint von Crome, System III, S. 213; Kober ad § 935 I, 2b; Mot. III, S. 348 unten; F. Meilhaus S. 92ff. Bezüglich der anfechtbaren Geschäfte wird sie bejaht von Planck ad § 935. 2, Abs. 2, insbesondere von Aravantinos a. a. O. S. 174ff., teilweise von Dernburg § 103 II, 2, S. 307 bezüglich der widerrechtl. Drohung; verneint dagegen von Staub ad § 366, Anm. 46; Biermann ad § 935. 2; Düringer u. Hachenburg S. 470d; Mot. III, S. 348 unten; Fischer u. Henle ad § 935 I; Crome, System III, S. 213; Endemann S. 532; ferner Kober ad § 935 I, 2b; Fuld, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 89, S. 402ff.; F. Meilhaus S. 92f.; im übrigen auch Dernburg a. a. O.; a. A. aber Ramdohr a. a. O. S. 671.

lichen zugedachte Wirkung[14]). Aus dem gleichen Grunde ist die Sache nicht abhanden gekommen, die ohne die Absicht einer Eigentumsaufgabe im Momente der Gefahr etwa über Bord geworfen wird[15]). Der Eigentümer nimmt in beiden Fällen diese Handlungen vor, trotzdem er mit der Möglichkeit rechnen muß, daß infolge dieser Handlung die Sache so gut wie eine anvertraute in den Verkehr gelangen kann.

6. Ein Pfandrechtserwerb in gutem Glauben ist ausgeschlossen bei unfreiwilligem Besitzverlust des Eigentümers oder dessen Besitzvermittlers §§ 1207, 935, I. Jedoch liegt bei unfreiwilligem Besitzverlust des Besitzvermittlers ein Abhandenkommen immer nur dann und solange vor, als die Sache nicht in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt. Kein unfreiwilliger Besitzverlust im Sinne des § 935 kann darum dann vorliegen, wenn der Eigentümer selbst seine Sache seinem Besitzvermittler z. B. Mieter, Leiher weggenommen hat schon deshalb, weil in solchem Fall ein Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932—934 (vgl. § 935 am Anfang) so wie so ausgeschlossen ist, es sich vielmehr stets handeln würde um Singularsukzession. Dagegen tritt gemäß § 935, I 2, § 1207 kein Pfandrechtserwerb dann ein, wenn beispielsweise die Sache dem Pfandgläubiger, Mieter oder Pächter des Eigentümers gestohlen und von dem Dieb, der sich das Eigentum anmaßt, verpfändet wird. Jedoch greift § 935, § 1207 nicht Platz, wenn ein unmittelbarer Besitzer die Sache unbefugt verpfändet. Diese ist weder dem Eigentümer abhanden gekommen, da dieser sie ja freiwillig aus der „Hand" gegeben hatte und die Sache nur dem unmittelbaren, nicht auch dem mittelbaren Besitzer abhanden

---

[14]) So Kober a. a. O.; Biermann ad § 935. 3; Endemann S. 532, Anm. 32.

[15]) Biermann ad § 935. 3; Endemann S. 532, Anm. 31.

kommen kann, noch ist sie abhanden gekommen dem Besitzvermittler, dem Mieter, Depositar, da dieser sie ja mit Willen verpfändet hat. Anvertraut und darum verkehrsfähig ist auch eine bewegliche Sache, die auf Abzahlung oder sonst unter Eigentumsvorbehalt veräußert wurde[16]).

Das vorgehend Erörterte wird auch zu gelten haben bei mehrfach mittelbarem Besitz § 871. Wenn daher A eine Sache an B vermietet, B bei C deponiert, dem C die Sache von D gestohlen wird und dieser sie an den gutgläubigen F verpfändet, so erwirbt dieser kein Pfandrecht, da C im zweiten Grad auch noch Besitzvermittler des Eigentümers ist[17]).

Unfreiwilliger Besitzverlust des unmittelbaren Besitzers liegt auch vor, wenn die Sache seinem Besitzdiener abhanden kam oder von ihm veruntreut wurde.

Darauf hinzuweisen wäre etwa noch, daß eine Sache, die der Eigentümer seinem Pfandgläubiger widerrechtlich entzieht, diesem abhanden gekommen ist zwar nicht auf Grund des § 935, I, 2 (vgl. hiezu oben sub 6) am Anfang), wohl aber auf Grund einer entsprechenden Anwendung des § 935, I für den Fall des § 936. Überträgt in solchem Fall der Eigentümer sein Eigentum auf einen Dritten, der bezüglich des Pfandrechts in gutem Glauben ist, so bleibt dieses gleichwohl bei Bestand[18]).

II. Handelt es sich um einen Erwerb nach § 2366, so gilt das Seite 30ff. Bemerkte. Entsprechend das Gleiche gilt beim Testamentsvollstreckerzeugnis, beim Zeugnis des § 1507, sowie bei irriger Todeserklärung.

---

[16]) A. A. Urteil des Landgerichts Stendal; hiergegen Meyer im „Recht" 1901, S. 256; zust. R.E. Bd. 54, S. 68.

[17]) Kober ad § 935 I, 3.

[18]) Vgl. Mot. III, S. 348; R.E. Bd. 1, S. 257 ff.; Staub Anm. 45 ad § 366; Biermann Bem. I, 3 ad § 936; Planck ad § 936, Bem. 4.

Ist z. B. die betreffende Sache Erbschaftssache und würde sie nach dem Testamentsvollstreckerzeugnis der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, so erwirbt ein Gutgläubiger ein Pfandrecht auch dann, wenn die Sache dem Erben, resp. dem wahren Testamentsvollstrecker abhanden gekommen und erst auf diesem Umweg in die Gewalt des Zeugnistestamentsvollstreckers gelangt. § 935 findet keine Anwendung (vgl. § 935 selbst zu Anfang). Wenn sich dagegen die Sache nur tatsächlich im Nachlaß befunden hatte und sie bereits im Besitz des Erblassers objektiv verkehrsuntauglich war, so greift, weil sie keine Erbschaftssache ist, die allgemeine Regel (event. neben § 2368) und daher auch § 935 Platz.

III. Analog wird § 935 anzuwenden sein, wenn die Sache demjenigen abhanden gekommen ist, zu dessen Gunsten der Eigentümer in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist und zwar selbst dann, wenn die Sache vom Eigentümer selbst entzogen und einem Gutgläubigen verpfändet wurde. So wird beispielsweise ein Pfandrecht selbst in gutem Glauben nicht erworben, wenn im Fall des § 2211 die Sache bereits in den Besitz des Testamentsvollstreckers gelangt war, diesem aber abhanden gekommen und in den Besitz des verpfändenden Erben gelangt ist[19]).

8. Unterausnahmen.

§ 13.

Der § 935, II trifft im Interesse des Verkehrs die Bestimmung, daß die Vorschriften des § 935, I keine Anwendung finden auf Geld oder Inhaberpapiere, sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert

[19]) Übst. Düringer u. Hachenburg ad § 366, S. 470 oben.

werden. Daraus ergibt sich, daß ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb nach § 1207 auch an abhanden gekommenen Geldstücken oder Inhaberpapieren möglich ist. Die im Wege öffentlicher Versteigerung (§ 383, III, 1) veräußerten Sachen scheiden aus unserer Betrachtung deshalb aus, weil bei ihnen die Pfandrechtsbestellung doch immer nur von derjenigen Person ausgehen kann, die zufolge § 935, II bereits Eigentümer geworden ist und darum kein Nichteigentümer ist. Zwar ist eine Veräußerung, aber keine Verpfändung im Wege öffentlicher Versteigerung möglich. Das gleiche gilt auch von § 1244. Darnach kann eine Sache ihrem Eigentümer abhanden gekommen sein, trotzdem aber finden, falls sie als Pfand veräußert wird, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zustand, die Vorschriften der §§ 932—934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233, II erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240, II beobachtet worden sind. Es erwirbt der gutgläubige Ersteher Eigentum und kann in seiner Eigenschaft als Eigentümer seinerseits rechtsgültige Pfandrechte an der Sache bestellen. Auch hier ist der Pfandrechtserwerb nicht mehr ein Erwerb in gutem Glauben, sondern ein solcher vom Eigentümer, also Singularsukzession.

Bezüglich des Pfandrechtserwerbs an abhanden gekommenem Geld oder Inhaberpapieren nach § 935, II wird von verschiedenen Seiten[1]) ein Mehr an gutem Glauben gefordert. Der Erwerber müsse hier auch gutgläubig annehmen, daß die Sache redlicherweise in den Verkehr gelangt sei. Dagegen macht m. E. mit Recht Kober[2]) geltend, „daß

[1]) So namentlich Staub ad § 366, Anm. 21 u. 49; Düringer und Hachenburg, Vorbem. ad §§ 366, 367, S. 473 c und Makower ad § 367, S. 1026 d.

[2]) Kober ad § 935, S. 193 oben.

der Absatz 2 des § 935 dessen Absatz 1 in jeder Hinsicht aufhebe." Es heißt ja: „Diese Vorschriften finden keine Anwendung". Abhanden gekommenes Geld oder Inhaberpapiere werde einfach einer nicht abhanden gekommenen Sache gleichgesetzt und darum sei auch ohne weiteres und nur der § 932 nach Maßgabe des § 1207 entsprechend anwendbar. Praktisch führt dies übrigens regelmäßig zu demselben Ergebnis, da auch der gute Glaube im Sinne des § 1207 regelmäßig fehlen wird bei mala fides in Bezug auf das Abhandenkommen [3]).

II. Kapitel.

Der für den guten Glauben kritische Zeitpunkt und die Besonderheiten bei den einzelnen Verpfändungsformen.

9. Kritischer Zeitpunkt und Besonderheiten bei einer einfachen Verpfändung in den Formen der §§ 1205 oder 1206.

I. Im Fall der Verpfändung mit Übergabe nach § 1205, I, 1.

§ 14.

Der Erwerb vom Nichtberechtigten setzt durchweg voraus, daß der Veräußerer im Besitz der Sache war und daß der Erwerber selbst Besitz der Sache erlangt. Der Besitz ist die Basis des gutgläubigen Erwerbs, weil er im Mobiliarsachenrecht als „Rechtszeichen", als Legitimationsmittel fungiert [1]).

---

[3]) Vgl. auch Biermann ad § 935, Bem. 4.

[1]) Vgl. § 1006, § 1253; ferner Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 33 sub V.

§ 1207 in analoger Anwendung des § 932, I, 1 bestimmt: durch eine nach § 1205, I erfolgte Verpfändung wird der redliche Erwerber auch dann Pfandgläubiger, wenn die Sache nicht dem Verpfänder gehört. Damit ergibt sich, daß außer den sub § 9 d. Abh. aufgezählten allgemeinen Voraussetzungen noch erfüllt sein müssen die besonderen Voraussetzungen eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechtserwerbs. Und zwar muß das Rechtsgeschäft derart beschaffen sein, daß durch dasselbe ein Pfandrecht begründet würde, wenn der Pfandrechtsbesteller ein Berechtigter wäre. Es muß unter anderem dem Erwerber insbesondere Besitz verschaffen.

I. Geht der Wille der Beteiligten auf eine Verpfändung nach § 1205, I, 1; so muß dessen besonderen Erfordernissen genügt sein. Es muß eine Einigung erzielt sein des Inhalts, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll und erfolgt sein eine Tradition der Pfandsache.

1. Die Übergabe. Zur Tradition an den Gläubiger ist erforderlich und genügend, daß der Tradent seinen unmittelbaren Besitz aufgibt und der Traditionsempfänger den Besitz der Sache erlangt als Besitzvermittler des Tradenten, seines Pfandschuldners. Und zwar genügt schon die Erlangung mittelbaren Besitzes durch den Erwerber[2]).

2. Ist erforderlich die Einigung, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, also Einigung sowohl darüber, daß das Pfandrecht an einer bestimmten Sache zustehen soll als auch Einigung bezüglich der Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll[3]).

---

[2]) Planck ad § 929, 2 und § 1205, 1 b; Biermann ad § 929, 2 a β u. γ.

[3]) Vgl. Planck ad § 1205, 1 c; Kober ad § 1205, 1 a; Biermann ad § 1205, 1 c, Abs. 2, S. 434.

II. Ist Einigung und Übergabe in entsprechender Weise erfolgt, so tritt der Pfandrechtserwerb auf Grund der bona fides ein, wenn diese im kritischen Momente vorliegt. Der maßgebliche Zeitpunkt aber ist derjenige, in dem sich der zur Verpfändung erforderliche Gesamttatbestand vollendet hat. Regelmäßig geschieht dies auf einmal. Einigung und Übergabe fallen zusammen. Dann muß die bona fides in dem Zeitpunkt ihrer gleichzeitigen Vornahme vorhanden sein. Allein es kommt auch vor, daß die Einigung vorangeht und die Übergabe nachfolgt oder daß umgekehrt die Übergabe vorangeht und die Einigung nachfolgt. In diesen Fällen muß der gute Glaube vorhanden sein zu der Zeit, da das zuletzt hinzukommende Moment die Verpfändung zum Abschluß bringt. Dies ergeben die Worte: der gute Glaube muß vorliegen „zu der Zeit, zu der er nach diesen (das ist nach des § 1205, I) Vorschriften das Pfandrecht erwerben würde", die man in entsprechender Anwendung des § 932, I, 1 gemäß § 1207 heranzuziehen hat. Nach § 1205, I kommt aber beim Erwerb vom Berechtigten ein Pfandrecht erst zustande, wenn und sobald beide Momente, Übergabe und Einigung abgeschlossen vorliegen, also wenn etwa die Übergabe vorausging in dem Augenblick, in dem die Einigung nachfolgt. Darum muß denn auch beim Erwerb vom Nichtberechtigten erst in diesem Zeitpunkt und nur in diesem Zeitpunkt guter Glaube vorhanden sein[4]). Ohne Bedeutung ist es, wenn der Erwerber vorher oder nachher bösgläubig

[4]) Übst. Planck ad § 932, 1 a, Abs. 2; Staub ad § 366. Anm. 26; a. A. Crome III, § 382, I, 1; a. A. Biermann ad § 932, 2 u. Crome, § 381, Note 37. Praktisch dürfte die Kontroverse kaum bedeutsam sein, da die zwischen Einigung und Übergabe liegende Spanne Zeit nie groß sein wird und auf Grund früherer mala fides auch Schlechtgläubigkeit im kritischen Moment anzunehmen sein wird. Übst. auch noch Kober ad § 932, II, 2 a und Meilhaus, Diss. S. 122 f.

war. Auch mala fides zur Zeit des Abschlusses des Kausalgeschäfts schadet nichts und mala fides superveniens könnte nach § 819, I höchstens bedeutsam sein für den Umfang des Bereicherungsanspruchs. Andererseits kann aber auch bona fides superveniens nichts mehr helfen, wenn der Erwerber zur Zeit der Verpfändungsvollendung bösgläubig gewesen war. Zum Pfandrechtserwerb nicht notwendig ist es, daß die Forderung, zu deren Sicherung das Pfandrecht dienen soll, bereits rechtlich existent ist. Sie kann eine künftige sein § 1204, II. Da nun das Pfandrecht bereits in dem früheren Zeitpunkt entstanden ist, so wäre sein Bestand in keiner Weise gefährdet, wenn der Pfandgläubiger etwa beim nachträglichen Erwerb der bereits früher in Aussicht genommenen Forderung in mala fide wäre, wenn er nur bei der Pfandrechtsbegründung in bona fide gewesen war.

Angenommen den Fall, es ist vom Nichtberechtigten dem gutgläubigen Erwerber zur Sicherung einer bestimmten Forderung ein Pfandrecht bestellt und in einem späteren Zeitpunkt ausgemacht worden, daß das Pfandrecht der Sicherung einer anderen als der ursprünglich vereinbarten Forderung dienen sollte, so würde dadurch das früher bestellte Pfandrecht erlöschen. Zwar scheint dies im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein. Allein in Anbetracht der akzessorischen Natur des Pfandrechts §§ 1252, 1250, 1204 und in Berücksichtigung des § 1255, I wird man schließen dürfen, daß das frühere Pfandrecht erlischt und gleichzeitig ein neues Pfandrecht für eine andere Forderung gemäß §§ 1205, I, 2, 1207 entsteht, da dem Erfordernis der Übergabe bereits genügt ist und in obiger Vereinbarung eine neue Einigung neuen Inhalts liegt. Damit aber ergibt sich zugleich, daß zur Zeit des Vertragsschlusses, der eine neue Verpfändung darstellt, auch neuerdings bona fides vorhanden sein muß.

III. In den Fällen, in denen auf Grund eines Erbscheins oder eines ähnlich wirkenden amtlichen Zeugnisses ein erhöhter Schutz Platz greift, muß in dem im obigen als ausschlaggebend festgestellten Zeitpunkt sowohl dieses Zeugnis selbst als der gute Glaube an die Richtigkeit seines Inhalts vorhanden sein.

IV. Zusatz:

Verpfändung noch ungetrennter Erzeugnisse.

An wesentlichen Bestandteilen ist kein Pfandrecht möglich § 93 und oben sub § 9, V. Allein auch ungetrennte Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache können im voraus für die Zeit nach der Trennung wirksam verpfändet werden dadurch, daß dem Pfandrechtserwerber von dem Eigentümer oder demjenigen, dem die Erzeugnisse nach der Separation gehören, gestattet wird, diese in Pfandbesitz zu nehmen. Dann erwirbt der Gläubiger auf Grund analoger Anwendung des § 956 das Pfandrecht, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung[5]). Auf Grund entsprechender Anwendung des § 957 kann nun aber eine derartige Gestattung auch ausgehen von einem Nichtberechtigten[6]) und gleichwohl den Pfandrechtserwerb zur Folge haben, falls der Gläubiger, wenn ihm der Besitz der Mutterssache überlassen wird, bei der Überlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen

---

[5]) Mot. III, S. 799; Planck ad § 1205, 1 c, Abs. 3; ad § 956, 5; Neuburger S. 24; Biermann ad § 956, 1 b.

[6]) Bezüglich der außerordentlich bestrittenen Frage, ob überhaupt und wie der Kreis der nichtberechtigten Personen zu begrenzen ist, von denen eine solche Gestattung ausgehen kann, vgl. Planck ad § 957, 2; Biermann ad § 957, 1; Wendt S. 66; v. Jambezky im „Recht" 1902, S. 4 ff. u. a.

Bestandteile in gutem Glauben ist und vor der Trennung derselben den Rechtsmangel nicht erfahren hat.

II. Bei der Verpfändung mit vorausgegangener Besitzüberlassung nach § 1205, I, 2.

§ 15.

I. Wollten die Kontrahenten eine Verpfändung nach § 1205, I, 2, so tritt auf Grund der bona fides des Erwerbers der Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten ein, wenn die Voraussetzungen des § 1205, I, 2 wirklich erfüllt sind, abgesehen nur vom Eigentum des Bestellers, und wenn außerdem dem Erfordernis des § 932, I, 2 gemäß § 1207 genügt ist. Es ist somit notwendig:

1. Auch hier eine Einigung des in § 14 sub I, 2 verlangten Inhalts und

2. An Stelle der Übergabe wird in § 1205, I, 2 zunächst nur verlangt, daß der Gläubiger bereits im Besitz der Sache ist, sei es im unmittelbaren oder mittelbaren §§ 868, 871[1]). Nach Fischer-Henle Anm. 6 ad § 929 genügt sogar Besitzdienerschaft, da das Abhängigkeitsverhältnis durch die Einigung ende. Dies dürfte aber kaum richtig sein, da in der Einigung über den Pfandrechtsübergang zugleich liegt eine Einigung über den Besitzübergang nach § 854, II und deshalb in solchem Fall beides Besitzübergabe und Einigung vorliegt, nur in einen Akt zusammenfällt, so daß keine Verpfändung nach § 1205, I, 2 sondern nach § 1205, I, 1 vorliegt[2]).

Der Besitz muß erlangt sein, bevor die Einigung erfolgt war. Und er muß ferner gemäß §§ 932, I, 2, 1207

---

[1]) R.E. Ziv. Bd. 52, S. 388.

[2]) Übst. Buhl, „Das Recht der bewegl. S.", § 19, III, 2 a; Kober ad § 929, V, a; Biermann ad § 929, 4; Planck ad § 854, 6.

erlangt sein gerade von derjenigen Person, von der auch später die Verpfändung ausging. Jedoch muß die frühere Übergabe zu einem anderen Zweck erfolgt sein als zum Zwecke jener Verpfändung, die sich dann später durch die Einigung vollenden sollte, da sonst lediglich vorläge eine Verpfändung nach § 1205, I, 1 mit nachgefolgter Einigung vgl. oben sub § 14, II. Daß der Besitz in dem früheren Zeitpunkt gerade von dem Verpfänder erlangt sein mußte, soll eine gewisse Gewähr dafür bieten, daß die Redlichkeit des Erwerbers keine grobverschuldete war. Infolgedessen tritt ein redlicher Pfandrechtserwerb insbesondere nie ein bei originärem Besitzerwerb. Dagegen dürfte dem Erfordernis des § 932, I, 2 auch dann genügt sein, wenn der Besitz von einem allgemeinen Rechtsvorgänger des Tradenten erlangt war, wie z. B. vom Erblasser oder vom Ehemann als Verwalter der Gütergemeinschaft[3]). Eine derartige Universalsukzession stellt sich dar als eine Sukzession in die Gesamtpersönlichkeit des Vorgängers und läßt daher den Nachfolger gar nicht als eine dritte Person hervortreten. Zweifelhaft aber dürfte es sein, ob es auch genügt, wenn der Verpfänder Singularsukzessor derjenigen Person ist, von der der Besitz erworben war. Von einer wirklichen Rechtsnachfolge kann in solchen Fällen überhaupt keine Rede sein, da wir es zu tun haben mit einem Erwerb vom Nichtberechtigten, was voraussetzt, daß auch der Auktor des Verpfänders ein Nichtberechtigter gewesen war, also in Wirklichkeit gar keine „Rechts"nachfolge stattfand. Wäre der Verpfänder bei seinem Erwerb vom „Rechts"vorgänger in bona fides gewesen, so wäre er Eigentümer geworden und wir hätten eine reguläre Verpfändung nach § 1205, I, 2. Es

[3]) So Crome III, S. 222, Anm. 7; übst. auch Biermann ad § 932, 3; Cosack ad § 199, IV, 2 und Ramdohr a. a. O. S. 663.

können also nur Fälle einer scheinbaren Rechtsnachfolge in Frage kommen, Fälle, in denen der Verpfänder mit derjenigen Person, von der sein Gläubiger den Besitz der Pfandsache erlangt hatte, zwar einen Eigentumsübertragungsvertrag abgeschlossen aber Eigentum infolge seiner mala fides nicht erworben hatte. Es liegt hier keine Rechtsnachfolge vor. Das Verhältnis zwischen dem Verpfänder und seinem „Rechts"vorgänger erscheint viel lockerer als in den obengenannten Fällen der Universalsukzession; der Verpfänder ist hier m. E. anzusehen als eine dritte Person. Darum dürfte dem Erfordernis des § 932, I, 2 hier ebenso wenig genügt sein wie dann, wenn der Erwerber den Verpfänder irrtümlicherweise, aber entschuldbar für die gleiche Person hielt, von der er seiner Zeit den Besitz empfangen hatte[4]).

II. Der Erwerber muß in gutem Glauben sein zur Zeit der Einigung; denn zu dieser Zeit würde er nach der Vorschrift des § 1205, I, 2 das Pfandrecht erwerben. Nicht notwendig ist bona fides zur Zeit der Besitzerlangung.

III. In den Fällen, in denen auf Grund eines Erbscheins oder eines ähnlich wirkenden amtlichen Zeugnisses ein erhöhter Schutz Platz greift, genügt guter Glaube an die Richtigkeit des Zeugnisses zur Zeit der Einigung zum Erwerb auch dann, wenn der Besitz garnicht vom Verpfänder, also weder vom Scheinerben noch vom Erblasser erlangt war, falls nur der Pfandgläubiger überhaupt bereits im Besitz der Sache war[5]). Denn § 2366 trifft keine weitere Einschränkung. Allerdings ist auch hiebei Voraussetzung, daß die Sache auch wirklich Erbschaftsgegenstand ist, daß sie also regelmäßig dem Erblasser zu Eigentum gehörte.

---

[4]) A. A. Ramdohr S. 663; vgl. auch Cosack a. a. O.

[5]) Neuburger S. 36 oben 1 a.

III. Bei der Verpfändung durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes nach § 1205, II.

§ 16.

I. Die besonderen Voraussetzungen für den gutgläubigen Fahrnispfandrechtserwerb nach § 1205, II sind:

1. Die Sache muß sich im mittelbaren Besitz des Verpfänders befinden. Nicht genügt es, wenn der Erwerber den Besteller nur für den mittelbaren Besitzer hält.

2. An Stelle der Übergabe tritt hier die Übertragung des mittelbaren Besitzes seitens des Verpfänders auf den Pfandgläubiger. Die Übertragung geschieht dadurch, daß der Verpfänder seinem Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt § 870. Damit bringt zugleich der Verpfänder ein Verhältnis zur Entstehung, kraft dessen der Pfandgläubiger auch vermittelnder Besitzer des Verpfänders wird. Nicht unter § 1205, II gehört der Fall, daß mittelbarer Besitz für den Pfandgläubiger erst begründet werden soll. Wenn z. B. der vermeintliche Eigentümer X eine Sache bei Y deponiert und seinem Depositar gleichzeitig mitteilt, daß Z, mit dem er sich schon früher geeinigt hat, an der Sache pfandberechtigt sein solle und darum Y die Sache als Besitzvermittler des Z von vornherein besitzen solle, so dürfte vielmehr eine Verpfändung nach § 1205, I, 1 und nicht nach § 1205, II vorliegen. Denn dem Erfordernis der Tradition ist genügt durch Aufgabe des unmittelbaren Besitzes seitens des Verpfänders und Erwerb des mittelbaren seitens des Gläubigers[1]), vgl. oben sub § 14, I, 1.

3. Die Anzeige der Verpfändung an den Besitzer.

Die Anzeige ist an den Besitzer zu richten, d. h. regelmäßig an den unmittelbaren Besitzer. Wenn der dem Grade nach nächste Besitzvermittler des Verpfänders aber selbst

[1]) A. A. Biermann ad § 1205, 1 c.

wieder mittelbarer Besitzer ist, wenn beispielsweise der Verpfänder die Sache vermietet und der Mieter als Untervermieter weiter vermietet hatte, so ist wohl nur erforderlich, eine Anzeige an den nächsten Besitzvermittler des Verpfänders und weder erforderlich noch genügend eine solche an den entfernteren Besitzvermittler. Die Anzeige dient dazu, dem Besitzer die Möglichkeit zu entziehen, sich durch Rückgabe der Sache an den Eigentümer dem Pfandgläubiger gegenüber gemäß § 407, I zu befreien[2]). Die Anzeige kann somit ihren Zweck nur dann erfüllen, wenn sie sich an denjenigen richtet, der für den Eigentümer am unmittelbarsten den Besitz vermittelt. Denn dieser allein könnte sich regelmäßig durch Rückgabe an den Eigentümer befreien. Der entferntere Besitzvermittler ist immer nur dem näheren, nicht aber dem Eigentümer verpflichtet. Man nehme doch nur an das Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter endige und die Anzeige war zuvor an den Untermieter erfolgt, dessen Vermieter, d. h. im Verhältnis zum Eigentümer dem Mieter jedoch unbekannt geblieben. Dann kann der Mieter nach § 407, I immer noch mit befreiender Wirkung an den Verpfänder leisten und der Zweck der Anzeige wäre verfehlt[3]).

4. Die Einigung.

II. Der Zeitpunkt, in dem die bona fides vorliegen muß.

Gemäß § 1207 kommt in entsprechender Anwendung § 934 in Betracht, aber nur in seiner ersten Hälfte, da zwar eine Übereignung, nicht aber eine Verpfändung ohne jede Besitzübertragung möglich ist. Danach tritt der Pfandrechtserwerb ein, wenn der gute Glaube vorhanden ist zur

---

[2]) So Planck ad § 1205, 2, Abs. 2.

[3]) A. A. Gierke, „Sachenrecht" S. 974, Anm. 21 und Planck ad § 1205, 2, 1; nach denen die Anzeige ohne Unterschied an irgendeinen Besitzvermittler erfolgen kann.

Zeit des Hinzutritts desjenigen Moments, das die Verpfändung abschließt, also regelmäßig zur Zeit der Anzeige. Zwar ist in § 934 die Zeit der Abtretung als ausschlaggebend bestimmt. Allein der § 934 befaßt sich ja mit der Übereignung gemäß § 931, bei der eine Anzeige an den Besitzer nicht notwendig ist. Die Abtretung ist hier der Moment, mit dem sich der Rechtserwerb vollendet. Anders bei der Verpfändung nach § 1205, II. Dort findet der Rechtserwerb regelmäßig erst mit der Anzeige seinen Abschluß. Der § 934 scheint mir aber den Zeitpunkt der Abtretung als ausschlaggebend nur deshalb bezeichnet zu haben, weil in diesem Moment der Eigentumserwerb eintritt. Diese Annahme dürfte wohl berechtigt erscheinen mit Rücksicht auf die gleiche prinzipielle Stellung des Gesetzes, die es in § 932 einnimmt. Infolgedessen dürfte die sinngemäße Anwendung des § 934 auf den Fall des § 1205, II zu dem Ergebnis führen, daß der kritische Augenblick nicht durch die Abtretung, sondern durch den den Pfandrechtserwerb abschließenden Akt, d. h. regelmäßig durch die Anzeige charakterisiert wird[4]). Dabei ist zu bemerken, daß die Anzeige eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die somit, falls sie inter absentes abgegeben wird, erst in dem Zeitpunkt wirksam ist, in welchem sie dem Erklärungsempfänger zugeht. § 130, I, 1.

III. Ausgeschlossen ist für das Pfandrecht eine Analogie des § 930 bei der Eigentumsübertragung, nämlich der Ersatz der Übergabe durch constitutum possessorium, weil man mit Rücksicht auf den Verkehr, soweit tunlich, Pfandrechte, die nicht äußerlich erkennbar sind, vermeiden wollte. Möglich ist dagegen eine bedingte Eigentumsübertragung zum

---

[4]) Übst. Düringer u. Hachenburg ad § 366, S. 467 aa; a. A. Neuburger S. 26 sub 3.

Zweck der Sicherung einer Forderung nach § 930 in der Weise, daß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Gläubiger den mittelbaren Besitz erlangt, der bisherige Eigentümer jedoch als Mieter, Verwahrer oder dgl. den unmittelbaren Besitz behält, die sogen. „Sicherungsübereignung". Beim Erwerb vom Nichteigentümer greift hinsichtlich des guten Glaubens in solchem Fall einfach der § 933 Platz. Jede anderweite Umgehung des Verbots einer Verpfändung durch Besitzkonstitut wird verhütet durch § 1253[5]).

IV. Ist der Verpfänder überhaupt nicht im Besitz der Sache, so kann er doch wenigstens seinen Anspruch auf Herausgabe derselben verpfänden. Auch diese Verpfändung erfolgt durch Abtretung und Anzeige §§ 1274, 1280. Nur haben hier Anzeige und Einigung einen anderen Inhalt als bei der Verpfändung nach § 1205, II. Dieses Forderungspfandrecht verwandelt sich jedoch mit der Leistung der geschuldeten Sache in ein Fahrnispfandrecht an dieser, während der Forderungsgläubiger und Pfandschuldner mit der Leistung das Eigentum erwirbt §§ 1281, 1282, 1287. Das neue Fahrnispfandrecht ist aber kein gesetzliches Pfandrecht, ebensowenig, wie es auf Grund einer neuen Verpfändung entsteht. Das fortbestehende alte Pfandrecht wechselt lediglich sein Rechtsobjekt. An Stelle der Forderung tritt nunmehr eine Sache. Daher ist wohl auch ein Erwerb in gutem Glauben möglich, für den allerdings als maßgeblicher Moment die Zeit der Leistung der Sache anzusehen sein wird. Und zwar tritt der gutgläubige Pfandrechtserwerb ein im Fall des § 1282 dann, wenn der Pfandgläubiger, im Fall des § 1281 dann, wenn der Gläubiger, also der Verpfänder

---

[5]) Vgl. insbes Planck ad § 930, 4; Biermann ad § 1205, 2; Endemann II, 1, § 136, 3.

selbst in bona fide ist, d. h. wenn er entschuldbar annimmt, daß die Sache dem leistenden Schuldner gehört[6]).

IV. Im Fall der Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes nach § 1206.

§ 17.

A. Im Fall der Verpfändung durch Einräumung unmittelbaren Mitbesitzes nach § 1206, Halbsatz 1.

I. Voraussetzungen für den gutgläubigen Pfandrechtserwerb nach § 1206 (1) sind:

1. Die zu verpfändende Sache muß unter Mitverschluß und in Mitbesitz des Erwerbers gebracht sein. Sie muß sich unter gemeinsamem Verschluß des Verpfänders und des Pfandgläubigers befinden in der Weise, daß nur beide zusammen ihn ordnungsgemäß zu öffnen imstande sind[1]). Der Mitverschluß muß ein solcher mit dem Verpfänder und nicht mit sonst einem beliebigen Dritten sein. Räumt der Verpfänder, der mit einem anderen den unmittelbaren Besitz einer Sache teilt, seinen Mitbesitz dem Erwerber ein, so liegt keine Verpfändung nach § 1206, sondern eine Verpfändung mit Übergabe vor, da er den unmittelbaren Besitz, insoweit er ihm zustand, vollständig aufgab und auch auf den Teilbesitz die Vorschriften der §§ 854—857 Anwendung finden[2]).

Tritt ein Umstand, der den Mitbesitz aufzuheben geeignet ist, nachträglich nach vollendeter Verpfändung ein, so

[6]) So Biermann ad § 1287, 1; auch Kober ad § 1287, 1 c; eingehend Neuburger S. 27 ff.

[1]) Vgl. hierzu des Näheren Planck ad § 1206, 1 a; Cosack II, § 242, I, 2 a, β, Abs. 2; Kohler ad § 1206, 1 a, a; u. insbes. Endemann a. a. O. S. 910, Anm. 17.

[2]) So Planck ad § 865, Abs. 1 u. ad § 1206, 1 a; a. A. Fischer-Henle ad § 1206, Anm. 1 und Kober ad § 1206, 1.

hört zwar der Mitbesitz auf, aber das einmal begründete Pfandrecht bleibt bestehen, insoweit nicht § 1253 in analoger Weise zur Anwendung kommt, wie dann, wenn der Pfandgläubiger selbst seine Zustimmung zur Aufhebung des Verhältnisses erteilt hat. In allen sonstigen Fällen liegt hierin ein unfreiwilliger Mitbesitzverlust für den Pfandgläubiger, der jedoch den Bestand des einmal begründeten Pfandrechts ebensowenig zu erschüttern vermag als unfreiwilliger Besitzverlust eines vollbesitzenden Pfandgläubigers[3]). Im Gegenteil ist eine derartige Sache m. E. anzusehen als eine im Sinne der §§ 935, 1208 dem Pfandgläubiger abhanden gekommene.

2. Ein zweites Erfordernis ist die Einigung, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zur Sicherung einer bestimmten Forderung zustehen soll. Sie kann der Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes vorausgehen oder nachfolgen. Denn die Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes, als ein Verpfändungserfordernis, tritt nach § 1206 „an Stelle der Übergabe" in § 1205, I. Die Einigung aber kann gemäß unseren früheren Erörterungen zu § 1205, I, 1 der Übergabe auch nachfolgen und daher auch dem an ihre Stelle tretenden Surrogat. Wie aber selbst dann, wenn die frühere Übergabe gar nicht zum Zwecke der Verpfändung erfolgt war, nach § 1205, I, 2 ein Pfandrechtserwerb lediglich auf Grund der Einigung möglich ist, so jedenfalls auch dann, wenn ihr Surrogat, die Einräumung von Mitbesitz und Mitverschluß, nicht zum Verpfändungszweck vorausgegangen war und der Mitbesitz zur Zeit der Verpfändung durch Einigung noch fortdauert[4]). Nur müßte wohl in letzterem Fall in entsprechender Anwendung des § 932, I, 2 der Mitbesitz von dem Verpfänder erlangt sein.

[3]) A. A. Endemann a. a. O.

[4]) Übst. Biermann ad § 1206, 1 a am Ende.

II. Zeitpunkt, in dem der gute Glaube notwendig vorhanden sein muß, ist derjenige, in dem sich der nach obigem erforderliche Gesamttatbestand der Verpfändung vollendet hat, geht die Einigung voraus, sobald Mitbesitz und Mitverschluß hergestellt sind, andernfalls, sobald die Einigung nachgefolgt ist.

Im Gesetz ist zwar die Möglichkeit eines Erwerbs in gutem Glauben vom Nichtberechtigten in der Form des § 1206 (1) nicht ausdrücklich bestimmt, insofern in § 1207 kein dementsprechender Paragraph zu analoger Anwendung herangezogen ist. Dies liegt aber wohl daran, daß es keine Art des Eigentumserwerbs gibt, die mit dieser Pfandrechtserwerbsart Ähnlichkeit hat und darum ein entsprechend anwendbarer Paragraph fehlt. Nicht aber wird man hieraus entnehmen dürfen, daß die Vorschriften über den gutgläubigen Rechtserwerb überhaupt keine Anwendung zu finden hätten. Dagegen spricht schon die Stellung des Paragraphen im Gesetz, insofern § 1207 dem § 1206 nachfolgt. Andrerseits aber ist das Surrogat der Übergabe des § 1206 einfach an Stelle der Übergabe als das sie vertretende Erfordernis in den § 1205, I einzuschieben, auf das dann in seiner Verbindung mit der Einigung die gleichen Bestimmungen in Anwendung zu kommen haben wie auf den gewöhnlichen Tatbestand des § 1205 u. a. also auch die Bestimmung, daß die fehlende Berechtigung des Verpfänders ersetzt wird durch den guten Glauben nach dem Prinzip des § 932[5]).

[5]) Übst. Planck ad § 1207, 1 c; Kober ad § 1207, Vorbem. Abs. 2; Biermann ad § 1207, Abs. 1; a. A. Düringer u. Hachenburg S. 466, der eine entsprechende Anwendung erst zulassen will, wenn der Pfandgläubiger in den Alleinbesitz der Sache gelangt sei, wohl deshalb, weil das Gesetz in den Fällen, in denen sich der Rechtserwerb ohne eigentliche Besitzübertragung vollzieht und die Übergabe nachfolgt, der Schutz des guten Glaubens an diesen späteren Zeitpunkt anknüpft wie in § 933, § 934. Ein derartiger Fall liegt aber nicht vor, da auf den Erwerber unmittelbarer Mitbesitz übertragen wird, dem hier dieselbe Bedeutung wie dem Alleinbesitz zukommt. Übst. Neuburger S. 26 sub 4.

B. Im Fall der Verpfändung durch Einräumung unmittelbaren Mitbesitzes nach § 1206 Halbsatz 2.

I. Die besonderen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs.

1. Die Einräumung des Mitbesitzes in der Weise, daß die Herausgabe der im Besitz eines Dritten befindlichen Sache nur an den Verpfänder und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.

a) Die Sache muß im Besitz eines Dritten sein. Daher kann es sich nur handeln um die Einräumung mittelbaren Mitbesitzes; denn Besitz und zwar Vollbesitz des Dritten ist vorausgesetzt. Nicht genügen könnte es darum, wenn der Verpfänder selbst im unmittelbaren Besitz wäre, neben sich einem Dritten unmittelbaren Mitbesitz einräumen und diesen verpflichten würde, die Sache nur an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich herauszugeben. Dies wäre nur dann möglich, wenn § 1206 (2) jede Art von Mitbesitz genügen ließe[1]).

Nicht notwendig dagegen ist es, daß der Dritte gerade im unmittelbaren Besitz der Sache ist, er kann seinerseits wieder wie auch in § 1205, II einen Besitzvermittler haben.

b) Die Herausgabe darf nur an den Verpfänder und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen können. Dies wird dadurch erzielt, daß der Drittbesitzer als Pfandhalter verpflichtet wird, die Sache nur an beide gemeinsam herauszugeben. Der diesbezügliche Vertrag wird entweder von dem Verpfänder und dem Gläubiger gemeinsam oder von ersterem allein abgeschlossen[2]). Er dient, wie in § 1205, II die An-

[1]) Zur Begründung vgl. insbesondere Rechtspr. des O.L.G. Stettin Bd. 5, S. 323; ferner Kober III ad § 1206, 1 b, γ; Planck ad § 1206, 1 b.

[2]) So Planck ad § 1206, 1 b, Abs. 1 am Ende.

zeige, dem Zwecke, dem § 407, I vorzubeugen, insofern er den Drittbesitzer von der erfolgten Teilzession (vgl. unten sub II) in Kenntnis setzt.

Eine Verpfändung, die dem § 1206 (2) entspricht, wird man auch dann als vorliegend erachten müssen, wenn der Drittbesitzer verpflichtet wird, die Sache lediglich an den Pfandgläubiger herauszugeben, aber für Pfandgläubiger und Verpfänder gemeinsam zu besitzen, da hier dem Interesse des Pfandgläubigers, das durch § 1206 (2) geschützt sein soll, noch in erhöhtem Maße gedient ist[3]).

2. Erforderlich ist auch hier die Einigung zwischen den Beteiligten.

II. Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach § 1206 (2) und kritischer Zeitpunkt.

Auch im Fall des § 1206 (2) ist aus den zu A II erörterten Gründen ein gutgläubiger Rechtserwerb möglich.

In § 1206 (2) handelt es sich um einen Ersatz der Übergabe, der besteht in der Zession eines Herausgabeanspruchs. Denn nicht bloß der ganze, auch der Teil eines Anspruchs kann zediert werden[4]). Und als eine Teilzession wird man es auch anzusehen haben, wenn jemand mit einem andern beredet, daß ihm von nun an sein Anspruch nicht mehr allein, sondern als Mitberechtigung mit jenem zustehen soll. Mit dieser Teilzession allein ist aber dem Erfordernis des § 1206 (2) noch nicht genügt. In § 1206 wird verlangt, daß die Herausgabe „nur" an beide erfolgen „kann". Infolgedessen muß immer noch die Verpflichtung des Drittbesitzers hinzukommen, um die Möglichkeit des § 407, I auszuschließen. Es hat somit die Verpfändung nach § 1206 (2)

---

[3]) So Bradt, „Entstehung u. Untergang des Pfandrechts", Rost. Diss. S. 21 und Biermann ad § 1206, b.

[4]) Planck II, B, 2. Aufl. ad § 398, 4.

mit der Verpfändung nach § 1205, II soviel Ähnlichkeit, daß sich eine analoge Anwendung des § 934 am ehesten empfehlen dürfte, wenn auch eine entsprechende Anwendung des § 932 praktisch zu dem gleichen Resultate führen würde, da der gute Glaube auch nach § 934 gemäß den Erörterungen sub A II vorhanden sein muß zur Zeit des Rechtserwerbs, also regelmäßig zur Zeit des Vertragsschlusses mit dem Pfandhalter.

10. Kritischer Zeitpunkt und Besonderheiten in komplizierten Fällen.

I. Bei der Verpfändung ist auf Seiten des Erwerbers ein Vertreter tätig.

§ 18.

A. Bei Vertretung mit Vertretungsmacht.

I. Eine Vertretung auf Seiten des Erwerbers kann stattfinden:

1. In allen Fällen der Verpfändung bezüglich der Einigung, so insbesondere nach vorausgegangener Besitz-, resp. Mitbesitzüberlassung an den Vertretenen in den Fällen der § 1205, I, 1 und I, 2 sowie des § 1206 Halbsatz 1.

2. Bezüglich der Übergabe und ihrer Surrogate

a) bei einer Verpfändung nach § 1205, I jedenfalls dann, wenn sich die Übergabe in der Form der Einigung nach § 854, II vollzieht, da auf eine solche die Vorschriften über Verträge zur Anwendung zu kommen haben[1]).

b) Fraglich ist die Möglichkeit eines Pfandrechtserwerbs auf Grund einer nach vorgängiger Einigung an einen Vertreter erfolgten Übergabe in der Form des § 854, I.

a) Diese Möglichkeit ist auf alle Fälle zuzugeben dann,

---

[1]) Soweit zustimmend auch Planck ad § 854, 3 a.

wenn der Erwerber mit der Übergabe an einen Dritten unmittelbaren Besitz erlangt, was der Fall ist bei dem Verhältnis der Besitzdienerschaft und, soweit man eine solche anerkennen will, der Stellvertretung im unmittelbaren Besitz, z. B. beim Vorstand einer juristischen Person[2]).

β) Aber selbst von diesen Fällen abgesehen muß der Erwerb des Pfandrechts möglich sein durch Übergabe an einen Dritten für den Erwerber, der allerdings dann nicht sein wird ein Vertreter desselben im Sinne des B.G.B. Die rechtliche Konstruktion derartiger Fälle ist bestritten. Gegen Leonhard[3]) möchte ich mich Planck[4]) anschließen, dessen Ansicht vorzuziehen sein dürfte nicht nur wegen ihrer größeren Einfachheit und Ungezwungenheit, sondern vor allem auch deshalb, weil die Leonhard'sche Konstruktion beim Pfandrechtserwerb überhaupt versagt, da ja eine Verpfändung nach Analogie des § 931 durch bloße Zession des Herausgabeanspruchs ohne Übertragung mittelbaren Besitzes unmöglich ist (vgl. § 1205, II). Planck geht von dem Begriff „Übergabe" aus. Unter Übergabe ist zunächst jede Besitzaufgabe auf der einen und Besitzergreifung auf der anderen Seite zu verstehen gleichgültig, ob es sich um unmittelbaren oder mittelbaren Besitz handelt § 868. Erst § 930 ergibt, daß der Übergabe im Sinne des § 929 und daher auch des § 1205, I nicht genügt wird durch die Aufgabe des mittelbaren Besitzes. Denn § 930 bezeichnet die Überlassung des mittelbaren Besitzes als einen Ersatz der Übergabe. Allein

---

[2]) So Planck ad § 929, 6, Abs. 2; Biermann ad § 929, 3 b, S. 136 u. 137; Kober ad § 929, III, 2 b, S. 178; O.L.G. Rostock in Rechtspr. Bd. 5, S. 46.

[3]) „Vertretung beim Fahrniserwerb" S. 84 ff.; ihm zustimmend Bruck S. 74.

[4]) Planck ad § 929, 6 und übst. Biermann ad § 929, 3; Crome § 400, IV, S. 314.

kein Grund ist ersichtlich, weshalb der gleiche auch für die Besitzergreifung des Empfängers gelten sollte. Auf seiner Seite muß vielmehr auch die Erlangung mittelbaren Besitzes genügen[5]). Bei der Verpfändung an einen Stellvertreter auf Seiten des Erwerbers erwirbt demnach der Vertretene das Pfandrecht nach § 1205, I, 1 mit der Besitzeinräumung an den Vertreter, denn der Vertreter wird unmittelbarer, der Vertretene aber mittelbarer Besitzer. Eine derartige Tradition kann übrigens auch der Einigung vorausgehen, Mit der Einigung erwirbt dann der Vertretene ein Pfandrecht gemäß § 1205, I, 2.

c) Im Fall des § 1205, II kann bei der Zession des Herausgabeanspruchs auf Seiten des Erwerbers ein Vertreter tätig sein. Denn ist der Vertreter mittelbarer Besitzer, so ist es auch der Vertretene, da jener für diesen Besitz vermittelt. Das Gleiche wird zu gelten haben für den Fall des § 1206 (2).

d) Dagegen dürfte die Einräumung unmittelbaren Mitbesitzes an den Vertreter des Erwerbers keine Verpfändung nach § 1206 (1) darstellen, da hier der Vertretene zwar mittelbaren, aber nicht unmittelbaren Mitbesitz erwirbt und Mitverschluß zwar mit dem Vertreter, aber nicht unmittelbar mit dem Gläubiger besteht.

II. Liegt eine nach I zulässige Vertretung des Erwerbers bei der Verpfändung vor und handelt es sich um einen Erwerb von einem Nichtberechtigten, so wird der gute Glaube unter der Voraussetzung geschützt, daß er vorhanden war zu der Zeit, da sich der zur Verpfändung erforderliche Gesamttatbestand vollendet hat. (Vgl. hierzu §§ 14—17 d. Abh. sub II).

Schließt dabei die Verpfändung mit der Einigung, so findet bezüglich der Vertretung bei derselben einfach § 166

---

[5]) So Rspr. des O.L.G. Bd. 8, S. 114; Planck u. Biermann a. a. O.

Anwendung. Es kommt demnach, sofern nicht bestimmte Weisungen des Vertreters maßgebend waren (§ 166, II) nur darauf an, ob der Vertreter in bona fide war (vgl. hierzu § 10, II d. Abh.).

Für den Fall 2, b, *a*, wenn auf Seiten des Erwerbers ein Besitzdiener handelt sind die Vorschriften über die Vertretung und demnach auch § 166 analog anzuwenden[6]). Bei einem Besitzerwerb durch einen sonstigen Stellvertreter im unmittelbaren Besitz wie beim Vorstand einer juristischen Person kann immer nur § 166, I in Betracht kommen. Er allein muß in gutem Glauben sein, da es sich hier stets um gesetzliche Vertretung handelt.

Im Fall 2, b, *β*, wie auch in 2 c wird man dagegen je nach dem § 166. I resp. § 166, II analog anzuwenden haben.

III. Wenn die Einigung durch einen Vertreter erfolgt, der zur Zeit ihres Abschlusses in mala fide war, so wird trotzdem das Pfandrecht erworben, wenn die ihr nachfolgende Übergabe nicht an den Vertreter, sondern direkt an den gutgläubigen Pfandgläubiger bewirkt wird, da maßgebend lediglich ist der gute Glaube des Erwerbers zur Zeit des Erwerbs und zur Zeit des Erwerbs, d. i. der Übergabe allein der Vertretene als Erwerber in Frage kommen kann. Dies wird auch dann zu gelten haben, wenn der Vertreter auch nachmals noch zur Zeit der Übergabe an den Vertretenen, also zur Zeit des Erwerbs in mala fide ist. Der Pfandrechtserwerb ist ja allerdings rechtliche Folge der Übergabe nur in ihrem Zusammentreffen mit der vorangegangenen Einigung. Er ist somit zwar nicht die rechtliche Folge der Einigung als solcher und dieser allein, wohl aber des Verpfändungsakts im ganzen und der Einigung insofern, als

---

[6]) So Planck ad § 854, 5, Abs. 1.

sie ein notwendiger Bestandteil desselben ist. Ist aber einmal der Pfandrechtserwerb rechtliche Folge der Einigung und Übergabe, so ist er auch zum Teil rechtliche Folge der Einigung. Da nun der Pfandrechtserwerb im gegebenen Fall beeinflußt wird durch die zur Zeit des Erwerbs vorhandene Kenntnis resp. das Kennen müssen der Nichtberechtigung des Auktors, so kommt diesbezüglich, insoweit sich der Pfandrechtserwerb als rechtliche Folge der Einigung darstellt, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht § 166, I. Darnach müßte der Vertreter zur Zeit des Erwerbs, also zur Zeit der Übergabe in bona fide sein. Wollte man diese Folgerung als richtig ansehen, so müßte man aber außerdem auch immerhin noch verlangen, daß der Traditionsempfänger ebenfalls in bona fide war, da er als der Erwerber nach § 932, I, 1 zur Zeit des Erwerbs, also der Übergabe in gutem Glauben sein muß, zumal sich der Pfandrechtserwerb zum Teil auch darstellt als rechtliche Folge der Übergabe, bei der aber keine Vertretung stattfand. Jedoch dürfte die obige Folgerung kaum dem Sinne des Gesetzes gemäß sein. Die praktische Durchführung würde unter Umständen auch auf Schwierigkeiten stoßen, wie z. B. dann, wenn der Vertreter zwischen Einigung und Übergabe gestorben ist. Das Gesetz denkt in § 166, I offenbar nur an den Fall, daß die rechtliche Folge der Willenserklärung eine unmittelbar an diese allein anknüpfende ist. Es muß demnach in unserem Fall der gute Glaube des Vertretenen genügen.

B. Bei Vertretung ohne Vertretungsmacht.

I. Liegt Vertretung ohne Vertretungsmacht vor, was wohl möglich sein kann, wenn etwa der durch den Vertreter abgegebenen Einigungserklärung bereits eine Besitzüberlassung an den Vertretenen gemäß § 1205, I, 2 zu einem anderen als dem Verpfändungszweck vorausgegangen war, so erlangt

der Vertretene erst mit seiner Genehmigung ein Pfandrecht § 177, I. Der Erwerb des Pfandrechts wird jedoch, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, gemäß § 184, I zurückverlegt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts.

II. Handelt es sich dabei auch noch um einen Erwerb vom Nichtberechtigten, so müssen beide, Vertreter wie Vertretener gemäß den Erörterungen in § 10 d. Abh. sub II, 2 in bona fide sein.

Die bona fides des Genehmigenden muß jedenfalls vorhanden sein zur Zeit der Genehmigung. Die rückwirkende Kraft der Genehmigung will nämlich besagen, daß diese so wirkt, wie wenn sie in der Verfassung, wie sie erteilt wird, bereits zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts erteilt worden wäre, keineswegs aber, daß rechtlich überhaupt alles so anzusehen sei, wie wenn die Genehmigung in dem früheren Zeitpunkt erfolgt wäre. Dies ist insbesondere deshalb wichtig, weil infolgedessen die Frage, ob denn auch die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen jene Wirkungen der Genehmigung ex tunc eintreten können, sich nach dem späteren Zeitpunkt also ex nunc beantwortet. Lediglich die Wirkungen der Genehmigung treten ex tunc ein, die Genehmigung selbst dagegen ist auch rechtlich als eine erst ex nunc erteilte anzusehen, demnach auch bezüglich der Voraussetzungen für ihre Wirkungen nach dem späteren Zeitpunkt zu beurteilen [7]). Hiervon zu unterscheiden sind jedoch die Voraussetzungen dafür, daß eine Genehmigung überhaupt erfolgen kann, für die das Gleiche nicht gilt. So kann beispielsweise eine Genehmigung im Sinne des § 184 überhaupt nicht erfolgen, wenn der Vertreter in mala fide war, da in solchem Fall die Wirksamkeit der Verpfändung gar nicht mehr abhängen kann von seiner Genehmigung, während doch die

[7]) Ähnlich auch Eccius in Gruchot Bd. 47, S. 63, Anm. 3.

Genehmigung zu ihrer begrifflichen Voraussetzung das Bestehen eines Rechtsgeschäfts hat, dessen Wirksamkeit von ihr abhängt § 182, I.

Der Vertreter wird in gutem Glauben sein müssen zu der Zeit des Vertragsschlusses für den Vertretenen, d. h. in dem Zeitpunkt, in dem sich durch seine Handlung die Verpfändung vollendet hätte, wenn er mit Vertretungsmacht gehandelt hätte. Denn die Genehmigung wirkt auf diesen Zeitpunkt zurück, d. h. sie wirkt so, wie wenn sie zur Zeit des Vertragsabschlusses erteilt wäre. Wäre sie aber zur Zeit des Vertragsabschlusses erfolgt, so könnte sie den Pfandrechtserwerb nur dann zur Folge haben, wenn zu dieser Zeit auch der Vertreter in gutem Glauben wäre.

II. Bei der Verpfändung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung.

§ 19.

I. Inwieweit sind bei einer Verpfändung Bedingungen oder Befristungen zulässig?

1. Die Verpfändungseinigung ist Willenseinigung darüber, daß dem Pfandgläubiger das Pfandrecht zustehen soll und daher Vertrag, der auch bedingt oder betagt abgeschlossen werden kann [1]).

2. Die Übergabe und ihre Surrogate:

a) Die Übergabe, der Besitzerwerb mit dem Willen des Vorbesitzers, setzt, wenn sie sich in der Form des § 854, I vollzieht, nicht voraus einen hierauf gerichteten Willen des Erwerbers. Eine Übergabe kann beispielsweise wirksam auch erfolgen an einen Geschäftsunfähigen [2]). Aus diesem Grunde

---

[1]) Planck ad § 929, 3 a, Abs. 2; Biermann, Vorbem. z. Buch III, S. 2 sub c. Es ergibt sich dies auch ex contrario aus § 925, II.

[2]) Planck ad § 854, 2, Abs. 4 u. 5.

ist die Übergabe kein Vertrag. Denn ein solcher besteht in der Willenseinigung der Beteiligten und setzt demzufolge auf beiden Seiten das Vorhandensein eines Vertragswillens voraus. Infolgedessen können auch die Vorschriften über die Bedingung und Zeitbestimmung auf die Übergabe in der Form des § 854, I keine Anwendung finden[3]). Das gleiche wird für die Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes nach § 1206 Halbsatz 1 zu gelten haben.

b) Die Übergabe kann sich auch vollziehen in der Form des § 854, II durch bloße Einigung, falls der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Eine derartige Einigung ist Vertrag. Die Vorschriften über Bedingung und Zeitbestimmung sind anwendbar[4]). Meist wird sich diese Einigung mit der Verpfändungseinigung in einem Akt vollziehen. Der Fall, daß die beiden Einigungen unter Bedingungen verschiedenen Inhalts abgeschlossen werden, dürfte darum kaum praktisch werden.

c) Auch das Übergabesurrogat des § 1205, II dürfte eine Bedingung oder Befristung vertragen. Denn die Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Gläubiger kann, da sie ein Vertrag ist, bedingt erfolgen und mit der Anzeige der bedingten Verpfändung an den Besitzer dürfte dem § 1205, II genügt sein. Das gleiche gilt entsprechend für § 1206 (2). Denn sowohl die Teilzession als die Verpflichtung des Drittbesitzers zur Herausgabe an die beiden Personen lassen eine Bedingung zu.

Ist in den Fällen, wo dies möglich ist, die Übergabe resp. ihr Surrogat bedingt, so wird die Bedingung regelmäßig desselben Inhalts sein wie diejenige, unter der im

[3]) Derselbe ad § 929, 5.

[4]) So Biermann ad § 854, 7; Kober ad § 854, II, 2 b, Abs. 2; Windscheid sub b, S. 785; a. A. Planck, der jedoch praktisch zu dem gleichen Ergebnis kommt, ad § 854, 3 a.

konkreten Fall die Einigung erfolgt ist. Auf kaum praktische andere Fälle ist hier nicht weiter einzugehen. So oft demnach im folgenden die Rede ist von bedingter Verpfändung, ist immer nur an solche Fälle gedacht, in denen entweder bloß die Einigung bedingt ist oder Einigung und Übergabe, resp. Übergabeersatz unter einer Bedingung gleichen Inhalts stehen.

II. 1. Ist beim Erwerb vom Nichtberechtigten die Übergabe der suspensiv bedingten resp. betagten Einigung vorausgegangen oder folgt die unbedingte Übergabe der bedingten Einigung nach, bevor die Bedingung resp. der Anfangstermin eingetreten ist, so fragt sich, zu welcher Zeit in solchem Fall bona fides zum Erwerb notwendig ist.

Nach § 932, I, 1 muß der gute Glaube in dem Zeitpunkt vorhanden sein, in welchem der Gläubiger sein Pfandrecht erwerben würde „nach diesen Vorschriften", d. h. nach den Vorschriften des § 929 resp. (in entsprechender Anwendung) des § 1205, I. Das Demonstrativum „diesen" bezieht sich nämlich unmittelbar auf den im Eingang des § 932 genannten § 929 und bedeutet nicht etwa ganz allgemein nach den Vorschriften des § B.G.B. überhaupt.

Planck ad § 932, 1 a. Abs. 2 desgleichen Cosack II, § 198, IV, 1. c. Abs. 3 nehmen an, es sei erforderlich und genügend, wenn der Erwerber in gutem Glauben gewesen sei zur Zeit des Eintritts der Bedindung bezw. des Termins, da gemäß §§ 158, I, 163 erst in diesem Moment der Pfandrechtserwerb erfolge.

Dagegen macht Dernburg III, § 103 A. 8. S. 306 geltend, diese Auffassung entspreche allerdings dem Wortlaut des § 932, aber es sei anzunehmen, daß er nur den Normalfall unbedingter und unbetagter Übereignung im Auge habe. In jenem Zeitpunkt könne es nicht mehr auf den guten Glauben ankommen, denn hier sei der Erwerber

nimmer tätig. Sein Wissen und Willen zu dieser Zeit sei daher völlig unerheblich und nicht in Betracht zu ziehen. Der Zeitpunkt der Verpfändung allein sei der ausschlaggebende.

Eine dritte Ansicht wird vertreten von Biermann ad § 932, 2. Satz 4, der jedoch irrtümlicherweise als mit seiner Ansicht übereinstimmend Planck und Cosack an oben genannten Stellen zitiert, ferner von Crome III, § 381 Note 37 und von Meilhaus Diss. S. 123. Nach diesen muß guter Glaube vorhanden sein zur Zeit der Verpfändungsvollendung, bezüglich deren allerdings wiederum ihre Ansichten unter einander abweichen[5]) und diese bona fides muß andauern bis zu dem Moment, da sich die Bedingung erfüllt, resp. der Anfangstermin eintritt. Diese letzte Ansicht dürfte vielleicht den Vorzug verdienen.

Nicht die Plancksche Stellungnahme, wie Dernburg meint, vielmehr seine eigene entspricht dem Wortlaut des § 932, I, 1, wonach bona fides zu der Zeit, da der Erwerb nach § 929 ohne Vorhandensein einer Bedingung erfolgen würde (vgl. oben), vorliegen muß. Wie Dernburg selbst annimmt, hat aber § 932, I, 1 nur den Normalfall unbedingter und unbetagter Übereignung im Auge gehabt (nämlich § 929) und an unseren Fall gar nicht gedacht. Darum kann zunächst sein Wortlaut für uns nicht bindend sein. Wenn Dernburg gegen das Erfordernis, daß der gute Glaube auch noch zur Zeit des Eintritts der Bedingung vorliegen müsse, geltend macht, daß es in diesem Zeitpunkt nicht mehr auf den guten Glauben ankommen könne, da der Erwerber dann nimmer tätig sei, so ist dies einerseits ein Argument, das sich zur Stütze des von uns vertretenen Standpunkts insofern verwerten läßt, als wir

[5]) Vgl. oben § 14. II, S. 226, Anm. 4.

ebenfalls bona fides zur Zeit des Vertragsschlusses verlangen, da wirklich der Zeitpunkt der Verpfändung es ist, in dem Wissen und Willen des Erwerbers in erster Linie in Betracht kommen. Andererseits aber ist es kein unbedingt durchschlagendes Gegenargument gegen unser weiteres Postulat, daß der gute Glaube andauern müsse bis zum Bedingungseintritt, wie namentlich nicht im Falle einer suspensiven Potestativbedingung, bei der ja der Wille des Erwerbers auch noch in der folgenden Zwischenzeit für den Erwerb von Bedeutung sein kann.

Ich glaube daher, daß man nicht fehl geht, wenn man im Sinne des § 932, I, 1 das Erfordernis der bona fides aufstellt für den Zeitpunkt des vollendeten Verpfändungsvertrags deshalb, weil zu dieser Zeit auch tatsächlich ein Rechtserwerb gemacht wird, nämlich der Erwerb eines bedingten Pfandrechts, und wenn man ferner verlangt, daß diese bona fides fortdauern müsse bis zum Eintritt der Bedingung deshalb, weil bis dahin die Wirkung der Verpfändung hinausgeschoben wird, insofern erst dann ein richtiges, vollwirksames Pfandrecht zur Entstehung gelangt ist.

Auch in den Fällen der condiciones casuales dürfte es übrigens kaum als große Härte zu empfinden sein, wenn eine bona fides auch noch gefordert wird für die Zeit nach dem Verpfändungsakt, in welcher allerdings der Erwerber nicht mehr tätig ist. Denn im Effekt käme dann eine nachträgliche mala fides gleich dem entschiedenen Nichteintritt der Bedingung, also einer Eventualität, mit der der Erwerber immer noch rechnen mußte.

Geht der Eintritt der Suspensivbedingung der Vollendung des Gesamttatbestandes der Verpfändung voraus, so kommt natürlich nur der Zeitpunkt der letzteren maßgeblich für die bona fides in Betracht.

2. Bei einer Resolutivbedingung oder einem Endterium gilt das Rechtsgeschäft bis zum Eintritt derselben als existent und darum auch bezüglich des für den guten Glauben maßgeblichen Zeitpunkts das Gleiche wie im Normalfall.

3. Falls die Verpfändung unter einer Suspensivbedingung erfolgt ist, wobei in den Willen eines Dritten, der in mala fide ist, die Möglichkeit gelegt ist, den Eintritt derselben herbeizuführen, so wird mit Eintritt der Bedingung trotzdem das Pfandrecht erworben, falls der Erwerber nur zur kritischen Zeit in bona fide war; denn nur auf dessen bona fides (vgl. § 932, I, 1) kann es ankommen.

III. Beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb vom Nichteigentümer, der die Sache zuvor schon einmal bedingt übereignet hat, ohne daß die Bedingung zur Zeit der Verpfändung bereits eingetreten ist.

§ 20.

I. Ein Nichteigentümer hat suspensiv bedingt Eigentum auf einen Anderen übertragen z. B. unter Eigentumsvorbehalt (§ 455) verkauft. Der Erwerber, der zur Zeit der Übereignung in bona fide war, vermietet die Sache vor Bedingungseintritt dem Scheineigentümer, der sie ihm veräußerte, so daß dieser wieder in unmittelbaren Besitz gelangt. Dieser bestellt nun ebenfalls noch vor Erfüllung der Bedingung unberechtigterweise einem Dritten ein Pfandrecht, der bezüglich des Nichteigentums seines Bestellers in bona fide ist.

Es fragt sich: Ist in diesem und gleichgearteten Fällen ein Pfandrechtserwerb überhaupt möglich, eventuell unter welchen Voraussetzungen ist er möglich?

Der § 161 I und III bestimmt, daß trotz bedingter Verfügung über eine Sache eine weitere Verfügung seitens desjenigen, von dem die erste herrührt, selbst dann, wenn

sie mit dieser früheren in Widerspruch steht, wirksam ist, falls der Erwerber bezüglich der Existenz der ersten Verfügung in gutem Glauben war. Nichts ergibt, weshalb § 161, I und II nur für diejenigen Fälle gelten sollte, in denen die bedingte Verfügung vom Eigentümer ausging, er wird vielmehr ebenso gut auch anzuwenden sein in den Fällen, in denen die Verfügungen zum Auktor einen Nichteigentümer haben. Demzufolge kommen wir zu dem Resultat: War der Pfandrechtserwerber in gutem Glauben bezüglich des Nichteigentums seines Bestellers, so erwirbt er zunächst ein Pfandrecht gemäß §§ 932, I, 1 und 1207, das er endgültig dann behält, wenn die Bedingung, unter der die Übereignung abgeschlossen wurde, nicht eintritt. Tritt die Bedingung ein, so geht gemäß § 161, I, 1 das Pfandrecht unter, es müßte denn sein, daß der Pfandgläubiger zur Zeit seines Erwerbs bezüglich der bereits giltig erfolgten bedingten Übereignung ebenso in gutem Glauben war wie bezüglich des Nichteigentums seines Bestellers. Letzterenfalls würde er gemäß § 161, III das Pfandrecht erwerben und dieses würde bei Bedingungseintritt das nunmehrige Eigentum des bisherigen Anwartschaftsberechtigten belasten.

Allein auch für diesen Fall ist noch eine Einschränkung zu machen notwendig. Der Anwartschaftsberechtigte, muß, um überhaupt Eigentum erwerben zu können bezüglich des Nichteigentums seines Veräußeres in gutem Glauben gewesen sein von der Zeit der Übereignung bis zur Zeit des Bedingungseintritts (vgl. die Ausführ. im vorangeg. §). War dies der Fall, so erwirbt er gemäß § 936 I und III das Eigentum lastenfrei, wenn er zur kritischen Zeit auch bezüglich der vorhandenen Sachbelastungen in gutem Glauben gewesen ist. Bezüglich des Pfandrechts, das zur Zeit der bedingten Übereignung noch gar nicht begründet war, genügt es, wenn der gute Glaube vorhanden war von der Zeit der

Verpfändung an bis zur Erfüllung der Bedingung. Trifft dies zu, so wird gemäß § 936 lastenfreies Eigentum selbst dann erworben, wenn der Pfandgläubiger in einer bona fides des oben genannten doppelten Inhalts zur Zeit seines Pfandrechtserwerbs gewesen war.

Entsprechend das Gleiche hat dann zu gelten, wenn die genannten Verfügungen statt von einem Nichteigentümer von einem Eigentümer ausgingen. Hat also der Eigentümer selber zunächst sein Eigentum suspensiv bedingt übertragen und später jedoch noch vor Eintritt der Bedingung ein Pfandrecht einem im Sinne des § 161, III Gutgläubigen bestellt, so würde auch in diesem Fall trotz der bona fides des Pfandgläubigers gemäß § 936 das Pfandrecht untergehen, wenn der Anwartschaftsberechtigte bis zur Zeit des Bedingungseintritts bezüglich desselben in gutem Glauben ist. Daraus aber dürfte zu schließen sein, daß die praktische Bedeutung des § 161, III keine so große ist, wie man wohl gewöhnlich anzunehmen geneigt ist.

Zu einem ähnlichen Ergebnis müssen übrigens auch Planck und Cosack von ihrem Standpunkt (vgl. den § 19, II, 1) aus gelangen, während sich die einfachste Gestaltung für Dernburg ergibt. Zu einem einfacheren Resultat käme man übrigens auch von unserem Standpunkt aus dann, wenn man für die bona fides, die in der späteren Zeit bis zum Bedingungseintritt vorhanden sein muß, keinen weiteren Umfang und Inhalt verlangen würde als für die bona fides, die erforderlich und genügend war in dem früherem Zeitpunkt des Übereignungsakts, und dieser eine Wirkung in dem gleichen Maß und Umfang zusprechen würde, wie sie schon der früheren bona fides zugekommen wäre, wenn sich zur Zeit der Bestellung bereits der endgültige Erwerb vollzogen hätte. Würde man von diesem Standpunkt ausgehen, so würde das in doppelter bona fides des Gläubigers

erworbene Pfandrecht auch dann nicht erlöschen, wenn zur Zeit des Bedingungseintritts der Anwartschaftsberechtigte von der Pfandbestellung entschuldbar nichts wüßte. Allein mir ist kein Grund erfindlich, der uns zu dieser Stellungnahme berechtigen würde. Wir kommen daher zusammenfassend zu dem Ergebnis:

Im gegebenen Fall wird ein Pfandrecht nur dann erworben, wenn der Pfandgläubiger in gutem Glauben ist

1. bezüglich des Nichteigentums des Bestellers,

2. bezüglich der bedingten Übereignung und wenn

3. der Anwartschaftsberechtigte zwar in gutem Glauben war bezüglich des Nichteigentums seines Veräußerers, jedoch noch vor Bedingungseintritt in schlechtem Glauben bezüglich des in der Zwischenzeit bestellten Pfandrechts.

II. Viel einfacher gestaltet sich die entsprechende Frage bei einer Resolutivbedingung resp. einem Endtermin.

Hat ein Nichteigentümer resolutiv bedingt Eigentum auf einen Gutgläubigen übertragen, so erwirbt dieser resolutiv bedingtes Eigentum. Nimmt der resolutiv bedingte Eigentümer eine Verpfändung vor, so erwirbt der Gläubiger auf alle Fälle ein resolutiv bedingtes Pfandrecht § 161, II. Nur dann, wenn dieser zur Zeit der Bestellung im Sinne des § 161, III in gutem Glauben war, erwirbt er das Pfandrecht endgültig, so, daß es auch bestehen bleibt, wenn nachträglich die Resolutivbedingung eintritt. Es belastet von da an die Sache des wahren Eigentümers.

II. Abschnitt.

Der gutgläubige Erwerb des Vorrangs über bereits vorhandene Belastungen der Sache mit Rechten Dritter.

1. Einleitende Übersicht.

§ 21.

Der hier zunächst einschlägige § 1208, 1 bestimmt:

„Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbs des Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist"

1. Der allgemeine Begriff des guten Glaubens als einer nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden, relativ entschuldbaren Unkenntnis (vgl. § 3 d. Abh.) ist auch hier zu Grunde zu legen. Die Beweislast obliegt, wie die Fassung des § 1208, 1 ergibt, auch hier demjenigen, der behauptet, daß mala fides vorgelegen hatte.

2. Der gesetzlich notwendige Inhalt des guten Glaubens ist jedoch ein anderer als in Abschnitt I (vgl. hierzu insbesondere den folgenden § 23).

3. Dagegen gilt hinsichtlich der Person in der der gute Glaube vorhanden sein muß, auch hier entsprechend das in § 10 Bemerkte.

4. Bezüglich der notwendigen Grundlagen des gutgläubigen Erwerbs, wie hinsichtlich seiner Wirkungen ist auf die folgenden §§ 22 und 24 d. Abh. zu erweisen.

5. Der Ausschluß dieser Wirkungen bei unfreiwilligem Besitzverlust ist auch hier in entsprechender Weise an die Voraussetzungen des § 935 (vgl. hierzu §§ 12 und 13 d. Abh.) geknüpft. Darüber handelt jedoch noch besonders der § 25 d. Abh.

Die Abweichungen, die sich gegenüber Abschnitt I ergeben, sind darauf zurückzuführen, daß es sich hier nicht handelt um den gutgläubigen Erwerb eines Rechts, sondern um gutgläubige Erlangung eines Rangvorzugs für ein erworbenes Recht. Dieser Umstand bringt es mit sich:

1. daß ein Rechtserwerb und zwar ein Pfandrechtserwerb gerade die Voraussetzung ist, ohne welche sich der in Frage stehende gutgläubige Vorrangerwerb gar nicht vollziehen kann.

2. Daß sich der Inhalt des guten Glaubens als ein notwendiger dahin modifiziert, daß ein Pfandrecht an einer lastenfreien oder doch nicht in ihrem wirklichen Maße belasteten Sache erworben werde.

3. Daß die Folge eines derartigen guten Glaubens die ist, daß die bestehenden, vermeintlich nicht bestehenden Rechte zwar nicht untergehen wie im entsprechenden Fall beim gutgläubigen Eigentumserwerb (vgl. § 936), aber doch hinter das neubegründete Pfandrecht im Range zurücktreten, während an und für sich die Rangfolge der Rechte sich grundsätzlich regeln würde nach der zeitlichen Folge ihrer Begründung.

2. Notwendige objektive Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb des Vorrangs.

§ 22.

I. Eine notwendige Grundlage ist in erster Linie ein Objekt, ein Träger des Vorrangs, also ein gültiges Pfand-

recht an der Sache, dessen Erwerb sich gleichzeitig mit der Erlangung des Rangvorzugs vollziehen muß. (vgl. hiezu insbes. § 26.). Für ein rechtlich nicht existentes Pfandrecht kann naturgemäß trotz des bestens Glaubens niemals ein Rangvorzug erworben werden. Das Pfandrecht selbst kann auf verschiedene Weise zur Existenz gelangt sein. Es kann ebensowohl vom Berechtigten auf Grund der §§ 1205, 1206[1]), als von einem Nichtberechtigten gemäß §§ 1207, 161, III, 135, II., 136 ꝛc.[2]), erworben worden sein. Ein Pfandrecht, dessen Erwerb sich im Wege der Zession nach § 1250 vollzieht, läßt einen Vorrangerwerb in gutem Glauben nicht zu[3]). Die Frage, ob so gut wie für ein vertragsmäßiges auch für ein gesetzliches oder ein Pfändungspfandrecht gutgläubiger Erwerb eines Rangvorzugs möglich ist, ist von uns nicht zu beantworten.

II. Eine zweite notwendige Voraussetzung für den Vorrangerwerb ist die, daß Belastungen vorhanden sind, vor denen überhaupt ein Vorrang erworben werden kann, daß also, da die Zeit der Bestellung über den Rang entscheidet (§ 1209), älter begründete Rechte Dritter an der Sache bestehen. Es muß mit den Worten der Motive ein partieller Mangel[4]) im Recht des Verpfänders wirklich vorliegen.

Als solche bereits vorhandene Sachbelastungen können im einzelnen in Betracht kommen:

1. ältere Pfandrechte; denn trotz des Prinzips des Faustpfands ist es möglich, daß mehrere rechtsgeschäftliche Pfand-

[1]) Anders Bradt a. a. O. S. 46, Anm. 4; Übst. Planck ad § 1208, Abs. 1.

[2]) Dann muß im einzelnen den Voraussetzungen des § 9 genügt sein.

[3]) Planck ad § 1262, 2 c; Neuburger S. 95, Abs. 5. Vgl. auch § 4, III d. Abh., wo eine Anwendung der Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens auf diesen Fall grundsätzlich abgelehnt wird.

[4]) Motive III, S. 347.

rechte gleichzeitig an einer Sache bestehen. Und zwar kann sogar

a) die mehrfache Verpfändung durch ein und dieselbe Person erfolgt sein. Ist beispielsweise eine Sache zum ersten Mal nach § 1205 I, verpfändet, so kann eine zweite Verpfändung nach § 1205 II oder § 1206 Halbsatz 2 erfolgen. Eine weitere Verpfändung nach § 1205 I kann durch dieselbe Person immer nur dann erfolgen, wenn die Sache in den Besitz des Verpfänders zurückgelangt ist (jedoch beachte § 1253 und §§ 1208, 2, 935[5]). Eine solche oder ähnliche mehrfache Verpfändung, die denselben Urheber hat, ist aber immer selten. Noch seltener dürfte in diesen Fällen ein gutgläubiger Vorrangerwerb des letzten Pfandgläubigers sein. Dafür sorgt das Publizitätsprinzip. In dem Bestreben nach möglichster Offenkundigkeit der Sachenrechte zeigt hier das Publizitätsprinzip ganz besonders ausgeprägt seinen Charakter einer gesetzlichen Präventivmaßregel insofern, als der Besitz des ersten Pfandgläubigers denjenigen, der ein weiteres Recht an der Sache erwerben will, auf die vorhandene Belastung aufmerksam macht oder doch in den meisten Fällen seine bona fides zu einer grobfahrlässigen abschwächt[6]).

b) Eher vorkommen dürften solche Fälle, in denen die verschiedenen Verpfändungen von verschiedenen Personen ausgingen so, wenn beispielsweise der Pfandgläubiger selbst sich als Eigentümer gerierend eine weitere Verpfändung vornahm oder sonst ein Dritter, der in den Besitz der Sache gelangt war (beachte jedoch auch hier §§ 1208, 2, 935).

Übrigens können die bereits existenten Pfandrechte, über die ein Vorrang zu erwerben möglich ist auch solche sein,

---

[5]) Planck ad § 1209, Abs. 3 u. 4; Biermann ad 1209, Abs. 1; Kober ad § 1209, 1, Abs. 2.

[6]) Vgl. Demelius, Österreichisches Pfandrecht, § 10, S. 155 ff.

die für eine bedingte oder künftige Forderung bestellt sind § 1209, auch müssen es nicht gerade rechtsgeschäftlich bestellte sein, ebensogut können sie Kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung als Pfändungspfandrechte entstanden sein.

2. Die älter begründete Sachbelastung kann auch ein Nießbrauch sein. Dann kann ähnlich wie sub 1 eine Verpfändung der belasteten Sache entweder durch den Besteller des Nießbrauchs selbst etwa nach § 1205 II oder § 1206 (2) erfolgen oder aber der Nießbraucher nimmt unberechtigterweise eine Verpfändung nach § 1205 I, vor oder irgend ein Dritter, dem er beispielsweise die Ausübung des Nießbrauchs oder den Besitz aus sonst einem Grunde überlassen hatte.

Weiter fallen wohl unter die Sachbelastungen im Sinne des § 1208:

3. Die ehemännliche Nutznießung am Eingebrachten der Frau.

Hat die im gesetzlichen Güterstand lebende Frau eine Übereignung eingebrachten Guts vorgenommen, deren sie nach § 1395 ff. ohne Zustimmung ihres Ehemanns nicht mächtig war, so bleibt diese Verfügung ohne dessen Zustimmung unwirksam regelmäßig auch dann, wenn der Erwerber in bona fide war vgl. § 1404. Wenn aber der Erwerber die Sache einem dritten Redlichen weiterverpfändet, so fragt es sich, ob das auf Grund des § 1207 vom Nichteigentümer erworbene Pfandrecht dem ehelichen Nußnießungsrecht des § 1363 vorgeht, vorausgesetzt, daß in dem betreffenden Fall für den Ehemann kein unfreiwilliger Besitzverlust (§§ 1208, 2, 935) vorlag. Die Frage wird zu bejahen sein mit Rücksicht darauf, daß der § 1208 alle diejenigen Rechte begreift, von denen man sagen kann, sie seien ein Recht des Dritten, mit welchem die Sache belastet sei und

daß es sich nicht gerade notwendig um ein dingliches Recht zu handeln braucht[7]).

4. Bezüglich des Verfolgungsrechts des unbezahlten Verkäufers nach § 44 K.O. kommt es darauf an, welche Stellung man zu der Kontroverse über die rechtliche Natur desselben einnehmen will[8]).

5. In Übereinstimmung mit Staub a. a. O. Anm. 40, Kober ad § 936, IV., Biermann ad § 936, 1 wird man ferner unter die Sachbelastungen im Sinne des § 1208 auch rechnen dürfen das kaufmännische Retentionsrecht[9]).

6. Schließlich wird man eine Gruppe von Rechten nicht vergessen dürfen, die zwar regelmäßig als Belastungen beweglicher Sachen nicht vorkommen, aber ausnahmweise auch einmal solche mitergreifen können. Man denke an das Erbbaurecht, die Habitatio und die Hypothek insofern, als auf Grund des § 1017, II; in entsprechender Anwendung des § 926 das Erbbaurecht sich auch auf das Zubehör erstrecken kann, desgleichen die Habitatio gemäß § 1093, welcher den § 1031 und damit § 926 zur entsprechenden Anwendung vorschreibt, sowie die Hypothek in dem Umfang, als sich diese nach den §§ 1120, 1121 und 1122 auf Zubehörstücke erstreckt. Doch dürfte speziell die Hypothek auf Grund der genannten Bestimmungen nur in ganz ausnahmsweise gelagerten Fällen in Betracht kommen können.

---

[7]) So Kober ad § 936, IV; und eingehend Staub ad § 366 Anm. 34 ff. und Anm. 53, 2 a.

[8]) Vgl. übr. Biermann ad § 936, 1; Kober ad § 936, IV; Staub ad § 366, Anm. 39.

[9]) So auch Goldschmidt a. a. O. Bd. 9, S. 48, II, 1.

3. Der zur Erlangung des Vorrangs notwendige gute Glaube.

§ 23.

I. Regelfall.

1. Der gute Glaube als entschuldbare Unkenntnis hat den Vorrangerwerb dann zur Folge, wenn er zum Inhalt hat, daß die mit dem Recht eines Dritten bereits belastete Sache, mit diesem Rechte nicht belastet sei. Diesem Erfordernis kann im einzelnen auf die verschiedenste Weise genügt sein. Regelmäßig wird der Fall so gelagert sein, daß der Erwerber von dem Vorhandensein einer Sachbelastung überhaupt gar nichts weiß. Jedoch hat der gute Glaube den erforderlichen Inhalt auch dann, wenn beispielsweise der Erwerber gewußt hat, daß von dritter Seite ein dingliches Recht an der Sache behauptet wird, wenn er aber entschuldbar glauben durfte, daß ein solches nicht zu Recht bestehe, während sich später herausstellt, daß es doch zu Recht bestanden hat. Es wird allerdings in derartigen Fällen grobe Fahrlässigkeit eher als sonst anzunehmen sein. Insbesondere wird man dem Erwerber eine Erkundigungspflicht auferlegen müssen (vgl. hierzu § 3 d. Abh.).

Ist etwa ein erstes Pfandrecht von einem Nichtberechtigten einem redlichen Erwerber bestellt worden, darauf ein zweites Pfandrecht vom Eigentümer, der wieder in den Besitz seiner Sache gekommen ist, ohne daß das erste Pfandrecht erloschen wäre und weiß der zweite Pfandgläubiger zwar, daß bereits ein erstes Pfandrecht von einem Nichtberechtigten bestellt wurde, nimmt aber entschuldbar an, daß daß der erste Pfandgläubiger beim Erwerb seines Pfandrechts in mala fide gewesen war, so ist auch in diesem Fall dem oben aufgestellten Inhaltserfordernis der bona fides genügt. Sogar für eine derartige bona fides spricht

noch die Vermutung. Und der redliche erste Pfandgläubiger muß, will er seinen Vorrang behaupten, nicht nur beweisen, daß der zweite Pfandgläubiger von seinem Rechtserwerb Kenntnis hatte resp. unentschuldbar nicht hatte, er muß sogar noch, wenn sich der zweite Pfandgläubiger darauf berufen würde, daß er an mala fides seines Rangvorläufers geglaubt hätte, den Beweis führen, daß diese Behauptung unwahr ist oder doch wenigstens, daß die gegnerische Annahme auf grober Fahrlässigkeit beruht. Eine solche grobe Fahrlässigkeit wird aber in solchem Fall schon dann vorliegen, wenn der zweite Pfandgläubiger zu seiner Annahme keinen besonderen Grund hatte, da auch für seine persönliche Auffassung von der Rechtlichkeit seines Gegners von Rechtswegen der Satz zu gelten hat: quisquis praesumitur bonus.

Zu betonen ist noch, daß der gute Glaube zum Inhalt haben muß, speziell diejenige Sachbelastung, die wirklich vorhanden ist, sei nicht vorhanden. Glaubt der Gläubiger, dem eine Sache nach § 1205, II verpfändet wird entschuldbar, daß sein Besitzvermittler, der in Wahrheit ein erster Pfandgläubiger ist, ein Nießbraucher sei, so wird man ihn darum, vorausgesetzt eben, daß sein Irrtum entschuldbar war, m. E. für gutgläubig anzusehen haben, da er ja speziell von dem Recht, das die Sache wirklich belastet, nichts gewußt hat.

Liegt der Fall so, daß eine zweite Verpfändung nach § 1205, II oder § 1206 (2) erfolgt und der zweite Pfandgläubiger weiß bei seinem Erwerb, daß ihm ein erstes Pfandrecht im Range vorgeht, er glaubt aber entschuldbar, daß das vorgängige Pfandrecht für eine Forderung geringeren Betrags bestellt sei, so fragt sich ob hier dem Inhaltserfordernis der bona fides nach § 1208 genügt ist, wonach der gute Glaube sich darauf beziehen muß, daß die vorhandene Belastung nicht vorhanden sei. Dem Pfandrecht allerdings wesentlich ist eine individuell bestimmte Forderung, zu deren

Sicherung es dient. Ein Pfandrecht, das für eine andere Forderung besteht, ist ein anderes Pfandrecht. Allein das Pfandrecht, das zur Sicherung einer Forderung höheren Betrags dient, umfaßt in gewissem Sinne auch ein Pfandrecht für eine Forderung geringeren Betrags, für eine Forderung, deren Objekt gleich kommt einem Teil des höheren Forderungsbetrags, zumal beide auf denselben Leistungsgegenstand, Geld gerichtet sind oder doch zum mindesten in Geldforderungen übergehen können § 1228, II. Infolgedessen wird man wohl das Pfandrecht für eine Forderung größeren Betrags gleich setzen können zwei gleichartigen Pfandrechten für zwei Forderungen, deren Betrag summiert gleich kommt dem Betrag jener einen Forderung. Und mit Rücksicht hierauf wird man sagen können, daß der zweite Pfandgläubiger teilweise in bona fide, teilweise in mala fide war und wird dementsprechend wohl zu dem Resultat kommen, daß bis zu den Forderungsbetrag, für den der zweite Pfandgläubiger ein dem seinigen vorgehendes Pfandrecht für vorhanden annahm, dem ersten Pfandgläubiger für sein Pfandrecht erster Rang einzuräumen ist, während für den Restbetrag das erste Pfandrecht im Rang dem zweiten nachsteht, da insoweit der zweite Pfandgläubiger in bona fide gewesen war.

Ist die verpfändete Sache bereits mehrfach dinglich belastet, so wird der Vorrang selbstverständlich vor allen Rechten nur dann erlangt, wenn sich der Erwerber bezüglich aller in bona fide befand.

2. Bestellt ein Nichtberechtigter mehrfach Pfandrechte an einer Sache als solche ersten Ranges und sind die Erwerber nicht gutgläubig, so können gleichwohl die Verfügungen wirksam werden durch nachträgliche Konvaleszens gemäß § 185, II. 1. Die mehreren vom Nichtberechtigten bestellten Pfandrechte rangieren dann nach der Zeitfolge ihrer Be-

stellung. Nach § 185, II, 2 ist zwar von den mehreren, nicht mit einander im Einklang stehenden Verfügungen nur die frühere wirksam. Allein man wird diese Bestimmung wohl analog dahin interpretieren dürfen, daß wenn die Verfügungen nur teilweise nicht mit einander im Einklang stehen, insoweit stets die frühere Verfügung bevorzugt wird [1]). War einer der Pfandgläubiger zur Zeit der Bestellung in bona fide, so kann von einem zur Zeit der Bestellung seines Rechts Schlechtgläubigen gleichwohl der Vorrang über das Recht des ersteren erworben werden, wenn letzterer zur Zeit seines Erwerbs, das ist zur Zeit, da nachträglich die Konvaleszenz erfolgt, bezüglich des früher entstandenen Pfandrechts in bona fide gewesen war.

II. Besondere Fälle.

1. Wenn ein dingliches Recht an einer Sache vertragsmäßig aufgehoben wurde und der Aufhebungsvertrag war anfechtbar, so wird der Erwerber eines gültigen Pfandrechts an dieser Sache, sobald die Anfechtung erfolgt ist, gemäß § 142, II und entsprechend unseren Erörterungen in § 4, I, 2, wenn er die Anfechtbarkeit des Aufhebungsvertrags gekannt oder grobfahrlässigerweise nicht gekannt hatte, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit desselben gekannt resp. grobfahrlässig nicht gekannt hätte. Es steht daher in solchem Fall sein Recht dem anderen, durch Anfechtung wieder zu rechtlicher Existenz gelangten im Range nach. Der gute Glaube besteht hier in der entschuldbaren Unkenntnis von der Anfechtbarkeit des Aufhebungsvertrags [2]).

2. In einigen Fällen dürfte übrigens ausnahmsweise auch eine grobfahrlässige Unkenntnis zum Erwerb des Vorrangs genügen:

---

[1]) Biermann ad § 1207, Abs. 2, S. 436.

[2]) So Kober ad § 1208, 1 a; und Mot. III, S. 806, Abs. 2.

a) Der Eigentümer einer Sache hat diese verpfändet. Kurz nach der Verpfändung stirbt er. Der Pfandgläubiger gilt als sein Erbe und erwirkt auch einen Erbschein, in dem er fälschlicherweise als Erbe bezeichnet wird. Auf Grund desselben nimmt er als Erbe eine neue Verpfändung der Sache vor. Der neue Pfandgläubiger erwirbt hier ein Pfandrecht ersten Ranges. Denn zu seinen Gunsten gilt der Inhalt des Erbscheins für richtig, also das erste Pfandrecht, von dem er Kenntnis gehabt haben mochte, als durch Konfusion erloschen § 1256 I, 1, es müßte denn gerade sein, daß er die Unrichtigkeit des Erscheinsinhalts kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe desselben wegen Unrichtigkeit erlangt hat. Dagegen schadet ein bloß grobfahrlässiges Nichtwissen nicht § 2366.

b) War einer irrig für tot erklärten Person früher einmal ein Nießbrauch berechtigterweise an einer Sache bestellt worden von demjenigen, der auf Grund der Todeserklärung Erbe sein würde und nimmt dieser nunmehr nach erfolgter Todeserklärung eine Verpfändung dieser seiner Sache vor, so erwirbt der Pfandgläubiger den Vorrang vor dem Nießbrauch, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit der Todeserklärung oder ihre Aufhebung infolge einer Anfechtungsklage kennt § 2370. Denn da der scheinbare Erbe in Ansehung der Verpfändungen von Erbschaftssachen zu Gunsten des Pfandgläubigers als Erbe gilt §§ 2370, I, 2366, muß der für tot Erklärte insoweit auch für tot und daher sein Nießbrauch § 1061, 1 für erloschen gelten, so daß in Ansehung der Verpfändung der „Erbe" dem Pfandgläubiger gegenüber als freier Eigentümer dasteht. Grobfahrlässiges Nichtwissen schließt auch hier den Vorrangerwerb nicht aus.

c) In den übrigen Fällen, in denen sonst trotz grobfahrlässiger Unkenntnis ein Pfandrechtserwerb möglich ist nach § 4, II, d. Abh., ist regelmäßig grobfahrlässige Un-

kenntnis beim Vorrangerwerb für dasselbe nicht geschützt, weil die amtlichen Zeugnisse über bereits vorhandene Sachbelastungen keinen Aufschluß geben und darum auch in dieser Hinsicht keine Grundlage für ein in höherem Grade geschütztes Vertrauen abgeben können.

3. Bei einer suspensiv bedingten oder betagten Verpfändung wird das Pfandrecht erworben mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins §§ 158, I, 163. Auch für seinen Rang ist nicht der Zeitpunkt seiner Bestellung, sondern der Zeitpunkt des Bedingungseintritts respektive des Termins entscheidend, denn dem Eintritt der Bedingung kommt keine dinglich rückwirkende Kraft zu § 158, I[3]). Wird noch während der Schwebezeit, also zwischen Verpfändung und Bedingungseintritt ein zweites unbedingtes Pfandrecht als ein erstes bestellt, so ist im Falle des nachträglichen Eintritts der Bedingung diese zweite Verfügung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde § 161, I; § 163. Da aber die von der Bedingung abhängige Wirkung der Erwerb eines Pfandrechts ersten Ranges wäre, so bedeutet § 161, I, daß der zweite Pfandgläuber kein erstes, sondern ein zweites Pfandrecht erwirbt. Gemäß § 161, III, finden jedoch die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung, darunter aber auch § 1208. Demzufolge erwirbt der zweite Pfandgläubiger trotz § 161, I, den Vorrang zunächst auch für den Fall des Bedingungseintritts dann, wenn er zur Zeit seines Erwerbs in gutem Glauben gewesen war. Der gute Glaube braucht hier natürlich nicht zum Inhalt zu haben, daß die Sache nicht mit dem Recht eines Dritten belastet

[3]) Übst. Biermann ad § 1209, Abs. 2; Kober ad § 1209; a. A. Cosack I, § 61, 2 b.

sei; denn dies ist ja auch in Wirklichkeit gar nicht der Fall, sondern nur, daß noch keine bedingte Pfandbestellung vorausgegangen ist.

Allein dieses Ergebnis ist noch einzuschränken. Stellt man sich auf den von uns in § 19 d. Abh. vertretenen Standpunkt, daß bei bedingtem Rechtserwerb vom Nichtberechtigten die bona fides vorhanden sein müsse von der Vollendung der Verpfändung an bis zum Bedingungseintritt, so kommt man im vorliegenden Fall zu dem Resultat, daß, wenn auch eine bona fides obengenannten Inhalts beim zweiten Pfandgläubiger vorliegt, trotzdem der bedingt berechtigte erste Pfandgläubiger zur Zeit des Bedingungseintritts den Vorrang gemäß § 1208 dann gewinnt, wenn er von der Zeit der zweiten Pfandbestellung an bis zur Erfüllung der Bedingung bezüglich der zweiten Verpfändung und des daher rührenden partiellen Mangels im Recht seines Verpfänders in bona fide gewesen war. Der Fall liegt ähnlich wie der in § 20, I, behandelte.

4. Bei den relativen Veräußerungsverboten §§ 135, 136 und sonstigen Verfügungsbeschränkungen kann § 1208 nur zu unmittelbarer nicht zu entsprechender Anwendung kommen. Hat etwa der Eigentümer einem Veräußerungsverbot zuwider zwei Verpfändungen nacheinander vorgenommen, so erwerben die beiden in dieser Hinsicht redlichen Pfandgläubiger ein Pfandrecht gemäß § 135, II, auf Grund entsprechender Anwendung des § 1207, indem der in seiner Verfügungsmacht gebundene Eigentümer wie ein Nichteigentümer angesehen wird. Befindet sich der zweite Pfandgläubiger außerdem in bona fide bezüglich der ersten Verpfändung, so erwirbt er den Vorrang auf Grund umittelbarer Anwendung des § 1208, da dessen Voraussetzungen — es ist bereits eine Sachbelastung vorhanden und ein gültiges Pfandrecht wird als möglicher Träger des Vorrangs er-

worben (§ 22, I, II), — in jeder Hinsicht zutreffend erfüllt sind.

Wenn man Neuburger zustimmen will, der auf Seite 94 f. zu diesen Fällen bemerkt, daß hier in der entsprechenden Anwendung § 1208 und § 1207 wohl zusammenfließe, ja daß man hier besser den § 1207 gar nicht und nur den § 1208 analog anwende, indem man die Analogie dahin verlege, daß man die Gebundenheit der Sache zu Gunsten der geschützten Person wie ein Recht ansehe, das auf der Sache laste, so wäre im obgenannten Fall der § 1208 gleichzeitig direkt und indirekt anzuwenden.

Bezüglich der relativen Veräußerungsverbote ist wohl noch darauf hinzuweisen, daß die Verfügungen, wenn der Erwerber in mala fide war, immer nur relativ, nur bestimmten Personen gegenüber unwirksam sind. Daraus folgt, daß, falls etwa im oben angeführten Fall die beiden Pfandgläubiger bezüglich des Veräußerungsverbots in mala fide waren, gleichwohl der zweite Pfandgläubiger den Vorrang vor dem ersten erwirbt, wenn er bei seinem Erwerb bezüglich der vorausgegangenen Bestellung in bona fide gewesen war. Dies kann von praktischer Bedeutung insbesondere dann werden, wenn diejenige Person, zu deren Gunsten die Gebundenheit besteht, nachträglich genehmigt und dadurch beide Verpfändungen ihre volle Wirksamkeit erlangen.

5. Nicht genügend zum Vorrangerwerb ist ein guter Glaube des Inhalts, daß der Besteller befugt sei ohne Vorbehalt der bereits bestehenden Sachbelastungen über die Sache zu verfügen. Auch hier besteht m. E. der Gegensatz zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Gesetzbuch, der wie in § 8 ausführlich erörtert namentlich von Wendt bestritten wird. Praktisch dürften übrigens derartige Fälle nur selten vorkommen[4]).

[4]) Vgl. Düringer u. Hachenburg S. 479 ad § 366, Abs. 2.

4. Die Wirkungen des gutgläubigen Vorrangerwerbs.

§ 24.

I. Sind die Voraussetzungen sub § 22 erfüllt, außerdem auch diejenigen, die sich in § 26 für die einzelnen Bestellungsformen als notwendig ergeben und liegt ein guter Glaube vor, der den Erfordernissen nach § 23 genügt, so ist die Wirkung, wie schon des öfteren erwähnt, die, daß das Pfandrecht den Rangvorzug vor den früher begründeten Rechten erlangt, ja daß selbst ein Pfandgläubiger, dessen älteres Recht vom Eigentümer selbst bestellt worden war, im Range zurücktreten muß hinter ein solches, das ein redlicher Erwerber vom Nichteigentümer in zweifacher bona fide gewann. Der § 1208 versieht darnach bei der Verpfändung dieselbe Stelle wie § 936 bei der Übereignung. Während aber dort die bestehenden Rechte erlöschen, konnte sich hier das Gesetz zur Erreichung seines Zweckes damit begnügen, die älteren Sachbelastungen im Rang zurückzudrängen.

Der Rangverlust auf der einen, der Ranggewinn auf der anderen Seite gestaltet sich einfach dann, wenn nur eine ältere Sachbelastung vorhanden war oder wenn es zwar mehrere waren, aber der Pfandrechtserwerber sich bezüglich aller oder doch bezüglich der dem seinigen unmittelbar vorangehenden Rechte in gutem Glauben befand. In solchem Fall rangiert er selbst vor denjenigen Belastungen, bezüglich deren er in bona fide war, während diejenigen Rechte, bezüglich deren er in mala fide war, dem seinigen in ihrer bisherigen Rangfolge vorausgehen, die erstgenannten in ihrer bisherigen Rangfolge nachkommen.

Schwieriger dagegen dürfte die Rangregelung in folgenden Fällen sein:

Ruhen auf einer Sache bereits zwei Pfandrechte und

der Erwerber eines dritten Pfandrechts befand sich bezüglich der dem Range nach ersten Belastung in bona fide, bezüglich der dem Range nach zweiten jedoch in mala fide, so steht zwar das bisher an erster Stelle befindliche Pfandrecht des X dem Pfandrecht des gutgläubigen dritten Pfandgläubigers Z nach, wogegen das Pfandrecht des Y, das bisher an zweiter Stelle war, dem Pfandrecht des Z vorgeht, da bezüglich desselben Z in mala fide gewesen war. Dem Pfandrecht des Y geht aber seinerseits das Pfandrecht des X vor, wiewohl dieses hinter dem Pfandrecht des Z rangiert. Die sich demnach ergebende Komplikation wird dahin zu lösen sein, daß bis zum Betrag der für X pfandrechtlich gesicherten Forderung an Stelle des dem Y vorgehenden X dem Z der erste Rang gebührt. Dann folgt, falls die Forderung des X größer ist als die des Z, X mit seinem Rest, d. h. mit dem Betrag: Forderung des X — Forderung des Z, dann kommt Y und zum Schluß noch einmal X mit dem Betrag, für den er Z den Vorrang lassen mußte. Ist dagegen die Forderung des X kleiner als die des Z, so kommt zuerst Z mit dem Betrag der Forderung des X, an zweiter Stelle folgt das Pfandrecht des Y, an dritter nochmals Z für den Betrag: Forderung des Z — Forderung des X und an letzter Stelle das Pfandrecht des X für den Betrag seiner Forderung[1]).

Das Gleiche gilt entsprechend dann, wenn an Stelle des zweiten Pfandgläubigers, nämlich des Y ein Nießbraucher oder sonst ein Berechtigter steht, dessen Recht als Sachbelastung im Sinne des § 1208 anzusehen ist.

Dagegen ist mit dieser Entscheidung nicht durchzudringen dann, wenn die erste Sachbelastung kein Pfandrecht, sondern etwa ein Nießbrauch ist, die zweite ein nach dem Nießbrauch

---

[1]) So auch Düringer u. Hachenburg, Vorbem. zu § 368, S. 544, 2 b, 2. Abschnitt.

rangierendes Pfandrecht und die dritte ebenfalls ein Pfandrecht. Befindet sich hier der dritte Pfandgläubiger in bona fide bezüglich des Nießbrauchs, in mala fide bezüglich des ihm unmittelbar vorausgehenden Pfandrechts, so wird ihm wohl seine bona fides im praktischen Ergebnis nicht viel nützen können. Denn seinem Pfandrecht geht das früher begründete im Range voraus und jenem seinerseits wiederum der Nießbrauch, so daß mittelbar der Nießbrauch, da er dem ersten Pfandrecht vorgeht, auch dem zweiten Pfandrecht im praktischen Ergebnis meist vorgehen wird. Von Bedeutung wird darum der gutgläubige Erwerb des Vorrangs über den Nießbrauch wohl nur dann sein können, wenn das vorgehende Pfandrecht zum Wegfall kommt durch Erlöschen der Forderung, Verzicht, Rückgabe des Pfands ꝛc. In diesem Fall rückt der zweite Pfandgläubiger an erste Stelle und der Nießbrauch steht ihm nach.

II. Der einmal erlangte Rangvorzug ist ein definitiver und bleibt auch dann bestehen, wenn derjenige, der in bona fide ein vorgängiges Pfandrecht erwarb, dieses nebst seiner Forderung gemäß § 1250 auf einen anderen übertragen würde, der bei seinem Erwerb weiß, daß noch früher begründete Sachbelastungen bestehen.

Die notwendige Konsequenz derartig endgültiger Rangänderungen auf Grund der bona fides ist die, daß die Pfandgläubiger, deren Rechte früher bestellt sind, gleichwohl den Beschränkungen sich fügen müssen, die sich für ihre Rechte daraus ergeben, daß sie im Range zurücktreten. Jedoch stehen ihnen Ersatzansprüche zu Gebot bei Verschulden seitens desjenigen, der unberechtigt verfügt hat, aus § 823, da auch der Rangverlust sich darstellt als eine Rechtsverletzung, eventuell auch aus § 826, in dem Fall sub § 23 II, 3 unter Umständen aus § 160. Der in der Erlangung des Vorrangs liegende „ausnahmsweise Rechtsgewinn“ hat

ferner möglicherweise einen Kondiktionsanspruch nach § 816 zur Folge[2]).

5. Ausschluß dieser Wirkungen bei unfreiwilligem Besitzverlust.

§ 25.

I. Der § 1208, 2 bestimmt unter anderem die entsprechende Anwendung des § 935 auch auf den gutgläubigen Vorrangerwerb. Es gilt hierfür ohne weiteres zunächst das, was in § 12 d. Abh. allgemein über den Begriff des unfreiwilligen Besitzverlusts gesagt wurde. Dagegen kommen hier andere Personen in Betracht, denen die Sache abhanden gekommen sein muß.

Handelt es sich um einen gutgläubigen Pfandrechtserwerb vom Nichteigentümer, so ist zunächst darnach zu sehen, ob nicht schon gemäß § 1207 der § 935 in Anwendung zu bringen ist, ob also nicht schon dem Eigentümer oder dessen Besitzvermittler die Sache abhanden gekommen ist. In diesem Fall wäre ein Rechtserwerb überhaupt nicht erfolgt und es würde darum die nach § 22, I d. Abh. notwendige Grundlage für einen Vorrangerwerb von vornherein fehlen. Es könnte eine entsprechende Anwendung des § 935 auf Grund des § 1208, 2 gar nicht mehr in Frage kommen, da so wie so von einer Anwendung schon des § 1208, 1, von der doch erst §§ 1208, 2, 935 eine Ausnahme begründen sollen, keine Rede sein kann. Erst wenn demnach feststeht, daß der § 935 auf Grund des § 1207 nicht anwendbar ist, kann möglicherweise seine Anwendbarkeit nach § 1208, 2 gegeben sein. Ist z. B. ein Nießbrauch oder ein erstes Pfandrecht vom Eigentümer bestellt worden, darauf die Sache

---

[2]) So auch die Mot. III, S. 806, Abs. 3.

dem Pfandgläubiger resp. Nießbraucher abhanden gekommen und von einem Nichtberechtigten einem zweiten Pfandgläubiger verpfändet worden, so kommt hier § 1208, 2 gar nicht in Betracht, da gemäß den §§ 1207, resp. 1032, 2 Halbs. 1 935 I, 2 ein Pfandrechtserwerb des zweiten Pfandgläubigers überhaupt nicht stattgefunden hat.

Dasselbe gilt natürlich dann, wenn die Sache statt dem ersten einen dem Grade nach entfernteren Besitzvermittler des Eigentümers abhanden gekommen war bei im übrigen gleicher Sachlage.

Für die Fälle dagegen, in denen der § 935 auf Grund des § 1208, 2 zur entsprechenden Anwendung zu kommen hat, wäre dessen Inhalt wohl etwa folgendermaßen zu modifizieren:

Trotz eines in bona fide bezüglich der bestehenden Sachbelastungen erfolgten Pfandrechtserwerbs tritt der Erwerb des Vorrangs auf Grund des § 1208, 1 für letzteres nicht ein, wenn die Sache einem der bereits an ihr dinglich Berechtigten gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Berechtigte nur mittelbarer Besitzer war dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld und Inhaberpapiere.

Die Fälle, in denen diese Analogiebildung zur Anwendung gelangen kann, sind selten:

1. Beim gutgläubigen Erwerb vom Eigentümer.

Soweit ich sehen kann, ist hier nur der Fall denkbar, daß einen an der Sache Berechtigten diese abhanden gekommen und in die Hand des Eigentümers gelangt ist, der an ihr einem Gutgläubigen ein Recht ersten Ranges einräumt. Dieses Recht gelangt zur Entstehung, da ja rein derivativer Erwerb vom Eigentümer vorliegt, aber im Range

hinter denjenigen Sachbelastungen, rücksichtlich deren die Sache als abhanden gekommen anzusehen ist[1]).

2. Eher denkbar sind Fälle einer Anwendbarkeit obiger Analogie beim gutgläubigen Erwerb von Nichteigentümer:

Hat etwa der Nichteigentümer und Depositar A dem B in bona fide ein erstes Pfandrecht nach § 1205, I (resp. auch eine sonstige erste mit unmittelbarem Besitz verbundene Sachbelastung) eingeräumt, diesem aber ist die Sache abhanden gekommen und von dem nunmehrigen Besitzer nach § 1205, I dem C verpfändet worden, so erwirbt dieser ein Pfandrecht, aber ein solches zweiten Ranges gemäß § 1208, 2, da die Sache dem ersten Pfandgläubiger abhanden gekommen war.

Hierher gehört ferner folgender Fall. Der B, dem von Eigentümer A ein erstes Pfandrecht eingeräumt ist, gibt die Sache dem C zu Depot und dieser C räumt unbefugterweise, indem er sich als Eigentümer ausgibt, einem in jeder Beziehung gutgläubigen D ein neues erstes Pfandrecht an ihr ein. Es erwirbt dann D ein Pfandrecht ersten Ranges, B muß zurücktreten. Dem D wird die Sache von X gestohlen und dem in jeder Beziehung gutgläubigen F von X ein neues Pfandrecht bestellt. In diesem Fall ist die Sache weder dem Eigentümer noch dessen Besitzvermittler abhanden gekommen, da C mit der Veruntreuung Eigenbesitzer ward und die Sache von A dem B, von B dem C anvertraut worden war, so daß durch den Diebstahl die Sache zwar dem D und C, nicht aber dem A oder B abhanden gekommen ist. Infolgedessen erwirbt der redliche F vom Diebe X ein Pfandrecht, aber ein Pfandrecht zweiten Ranges, da dem D die Sache abhanden gekommen ist und

[1]) Vgl. hierzu auch Biermann ad § 936, 1, Abs. 2, S. 147; Cosack § 198, VII, 2; Planck ad § 936, 4, S. 237.

demnach auf Grund obiger Analogiebildung nach Satz 1 sein Recht im Vorrang bleibt, dagegen das Pfandrecht des B im Rang an dritte Stelle zurücktritt, da im Verhältnis zu ihm die Sache als nicht abhanden gekommen anzusehen ist.

3. Beim gutgläubigen Erwerb vom nicht vollverfügungsmächtigen Eigentümer findet § 935 gemäß § 1208, 2 analoge Anwendung

a) auf den Fall des § 161, I, III:

Hat der Verpfänder bereits ein erstes suspensiv bedingtes oder betagtes Pfandrecht an der Sache bestellt und während der Schwebezeit einem diesbezüglich Gutgläubigen ein weiteres Pfandrecht, so kann dieser auf Grund seiner bona fides in Gemäßheit der Erörterungen in § 23, II, 3, und bei Erfüllung der dort postulierten Voraussetzungen den Vorrang trotz allem nur dann erwerben, wenn die Sache nicht dem ersten bedingt berechtigten Pfandgläubiger abhanden gekommen war. Und zwar ergibt sich dies aus einer potenziert analogen Anwendung des § 935 auf Grund der §§ 1208, 2, 161, III.

b) Bei sonstigen Verfügungsbeschränkungen.

Wir wollen hier als Beispiel § 2211 herausgreifen. In den übrigen Fällen hat entsprechend das Gleiche zu gelten. Auch hier ist vorauszuschicken:

α) Ist die Sache dem Testamentsvollstrecker abhanden gekommen, so findet gemäß den §§ 2211, II, 1207, 935 überhaupt kein Rechtserwerb statt[2]). Da somit eine gesetzlich notwendige Grundlage fehlt, kann selbstverständlich von vornherein gar nicht die Rede sein von einem Vorrangerwerb nach § 1208 und daher auch nicht von einer Anwendung der §§ 1208, 2, 935.

---

[2]) Vgl. hierzu Biermann ad § 936, 1 a am Ende; Düringer u. Hachenburg, Vorbem. zu §§ 366, 367, Note IV, 1, S. 470; vgl. ferner oben sub § 12, III d. Abh.

β) Dagegen dürften etwa folgende Fälle hierher gehören:

αα) Ohne daß die Sache dem Testamentsvollstrecker abhanden gekommen wäre, bestellt der Erbe und Eigentümer an ihr einem redlichen Erwerber ein Pfandrecht (§ 2211, II). Letzterem kommt die Sache abhanden und dadurch in die Hand des Testamentsvollstreckers. Dieser kann selbst einen bezüglich der ersten Belastung Gutgläubigen nur ein Pfandrecht zweiten Ranges bestellen, da die Sache für den Testamentsvollstrecker keine abhanden gekommene war, aber für den ersten Pfandgläubiger nunmehr eine abhanden gekommene ist.

ββ) Einem durch den Testamentsvollstrecker an der Sache Erstberechtigten kommt diese abhanden und wieder in die Hand des Testamentsvollstreckers. Auch hier kann er einem zweiten bezüglich der ersten Belastung Gutgläubigen nur ein Pfandrecht zweiten Ranges verschaffen, da die Sache dem Erstberechtigten abhanden gekommen ist.

Mit Bezug auf den Personenkreis der dinglich Berechtigten, denen die Sache nach §§ 1208, 2, 935 abhanden gekommen sein kann, ist noch zu bemerken:

1. Der Vorrang kann, wie bereits in § 22, II, 1, S. 136 betont, auch über gesetzliche Pfandrechte erworben werden. Bei den mit Besitz verbundenen gesetzlichen Pfandrechten, wie beim Pfandrecht des Werkunternehmers (§ 647) oder des Pächters (§ 590) wird aber ebenfalls ein unfreiwilliger Besitzverlust möglich sein, ohne daß zufolge desselben das gesetzliche Pfandrecht erlöschen würde. Denn nach § 1257 finden die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes entsprechende Anwendung. Unter diesen aber auch, soweit es sich um gesetzliche, mit Besitz verbundene Pfandrechte handelt,

der § 1253[3]). Daraus ergibt sich, daß auch diese gesetzlichen Pfandrechte erlöschen, falls der Pfandgläubiger das Pfand mit seinem Willen an den Pfandschuldner zurückgibt, woraus aber andrerseits ex contrario zu schließen ist, daß sie nicht untergehen durch Besitzverlust wider Willen. Nach § 1208, 2 ist jedoch auf Grund entsprechender Anwendung des § 935 ein Vorrangerwerb ausgeschlossen bei unfreiwilligem Besitzverlust eines dinglich Berechtigten, über den sonst nach § 1208, 1 der Vorrang erworben wurde. Da aber ein solcher auch ein Pfandgläubiger kraft Gesetzes sein kann und auch ein gesetzlicher Pfandgläubiger den Besitz unfreiwillig verlieren kann, ohne daß sein Recht erlischt, so findet der § 935 auf Grund des § 1208, 2 eventuell auch in solchem Fall entsprechende Anwendung.

Zu diesem Resultat kommt man natürlich ohne Rücksicht darauf, ob man die Anwendung der Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens auch für die gesetzlichen Pfandrechte bejaht oder verneint.

2. Ein Vorrangerwerb ist aber auch möglich über gesetzliche Pfandrechte, die nicht mit Besitz verbunden sind, wie über das Pandrecht des Vermieters (§ 559), des Verpächters (§§ 581, II, 585) und des Gastwirts (§ 704). Wenn auch bei diesen Pfandrechten der Gläubiger die Pfandsache nicht in Besitz hat, so entsteht durch die Einbringung ins Grundstück gleichwohl ein besitzähnliches Verhältnis[4]). Ähnlich wie beim Faustpfandrecht trotz unfreiwilligen Besitzverlusts dauert auch hier das Pfandrecht wenigstens eine gewisse Zeit lang fort, wenn das besitzähnliche Verhältnis des Pfandgläubigers zu der Sache durch Entfernung der Sache vom Grundstück wider seinen Willen (insoweit dieser dabei von

---

[3]) Vgl. Fischer-Henle ad § 1257, Anm. 1, Satz 2.

[4]) Vgl. R.E. in Strafs. Bd. 35, S. 151.

Belang ist vgl. § 560) zerstört ist §§ 560, 1, 561, II, 2. Nach § 1208, 2 ist auf Grund entsprechender Anwendung des § 935 ein Vorrangerwerb ausgeschlossen bei unfreiwilligem Besitzverlust eines an der Sache Berechtigten, über den sonst der Vorrang erworben würde. Nun kann ja bei den obengenannten, nicht mit Besitz verbundenen gesetzlichen Pfandrechten von einem unfreiwilligen Verlust desselben keine Rede sein. Allein es kann doch ihre besitzähnliche Beziehung zu der Sache wider ihren Willen verloren gegangen sein bei Fortbestand des Pfandrechts und auch auf diesen Fall wird man m. E. analog ausdehnen dürfen den § 1208, 2 mit seiner entsprechenden Anwendung des § 935.

Läßt man dies gelten, so kommt man bezüglich des von Staub in Anm. 37 ad § 366 angeführten Beispiels zu einem entgegengesetzten Resultat. Für unseren Fall modifiziert wäre darnach Staub der Ansicht, daß, wenn an einer eingebrachten Sache ein Vermieterpfandrecht besteht und diese Sache vom Mieter ohne Wissen des Wirts unbefugt aus dem Grundstück entfernt und dann einem bezüglich des noch fortdauernden Vermieterpfandrechts Gutgläubigen verpfändet und übergeben wird, der neue Pfandrechtserwerber auf Grund des § 1208, 1 den Rangvorzug vor dem Vermieterpfandrecht erlangt. Für uns dagegen ist zufolge des mitbesitzähnlichen Verhältnisses auch hier §§ 1208, 2, 935 entsprechend anwendbar und tritt darnach ein Vorrangerwerb deshalb nicht ein, weil die heimliche Entfernung vom Grundstück analog zu behandeln ist wie ein unfreiwilliger Besitzverlust des Vermieters.

Auch zu diesem Resultat kommt man ohne Rücksicht darauf, ob man die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens für diese Pfandrechte bejaht oder verneint.

II. Bezüglich der Unterausnahmen für Geld und Inhaberpapiere gilt entsprechend das in § 13 des Abschnitt I Bemerkte.

6. Der für den guten Glauben kritische Zeitpunkt und die für den Vorrangerwerb geltenden Besonderheiten bei den einzelnen Verpfändungsformen.

§ 26.

A) Kritischer Zeitpunkt:

Der gutgläubige Vorrangerwerb fällt zeitlich zusammen mit seiner notwendigen Voraussetzung und Grundlage, dem Pfandrechtserwerb. Darum ist auch hier der für den guten Glauben kritische Zeitpunkt derjenige, in dem sich der Gesamttatbestand der Verpfändung vollendet hat. Dies bestimmt § 1208, 1, indem er es als Erfordernis für den Vorrangerwerb allgemein aufstellt, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbs des Pfandrechts im guten Glauben war. Im Falle des Erwerbs vom Nichteigentümer muß demnach die zwiefach gerichtete bona fides im selben Moment vorhanden sein. Im einzelnen vgl. hierzu die Ausführungen oben in den §§ 14ff. sub II.

B) Der Vorrangerwerb bei den einzelnen Verpfändungsformen.

I. Bei der Verpfändung nach § 1205, I, 1:

Es ist hier lediglich auf § 14 d. Abh. zu verweisen.

II. Bei der Verpfändung mit vorausgegangener Besitzüberlassung nach § 1205, I, 2:

1. Beim Erwerb vom Eigentümer.

Hat der Eigentümer oder ein für diesen Verfügungsmächtiger ein zweites Pfandrecht an einer Sache gültig in der Form des § 1205, I, 2 bestellt, so kann der bezüglich

der ersten Sachbelastung Gutgläubige ein Pfandrecht ersten Ranges nur erlangen, wenn gemäß § 1208, 2 die weitere Voraussetzung des § 932, I, 2 erfüllt ist, d. h. wenn er den Besitz seinerzeit gerade von dem Verpfänder erlangt hatte. Vgl. hierzu § 15, I d. Abh. Es behält dagegen das früher begründete Recht den Vorrang trotz des rein derivativen Erwerbs vom Eigentümer und trotz des guten Glaubens bezüglich der früheren Sachbelastung, wenn der Besitz von jemand anders oder originär erlangt worden war. Dies bestimmt § 1208, 2, insofern er § 932, I, 2 für entsprechend anwendbar erklärt[1]).

2. Beim Erwerb vom Nichtberechtigten.

Bei diesem ist nicht bloß der Erwerb des Vorrangs, sondern sogar der Erwerb des Rechtes selbst an obige Voraussetzung geknüpft. §§ 1207, 932, I, 2.

III. Bei der Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 1205, II.

Auf Grund des in § 1208, 2 entsprechend angezogenen § 936, III müssen wir unterscheiden:

1. Bezüglich derjenigen Rechte an der Sache, die anderen Personen zustehen als dem Besitzer, dem gegenüber die Verpfändungsanzeige gemäß § 1205, II zu erfolgen hat, gilt die allgemeine Regel, daß der Vorrang vor ihnen erworben wird, falls der Pfandgläubiger diesbezüglich in bona fide war.

2. Bezüglich derjenigen Rechte an der Sache, die gerade dem Besitzer zustehen, dem gegenüber die Verpfändungsanzeige zu erfolgen hat, kommt gemäß §§ 1208, 2 der § 936, III zur entsprechenden Anwendung. Darnach kann über solche trotz vorhandener bona fides der Vorrang unter gar keinen Umständen erworben werden.

---

[1]) Übst. Planck ad § 1208, b.

Steht dem Drittbesitzer kein Recht an der Sache zu, sondern etwa nur ein persönliches Recht z. B. ein Mietrecht, so kann der Pfandgläubiger auf Grund seiner bona fides den Vorrang vor allen bestehenden Sachbelastungen erlangen. Jedoch ist darauf hinzuweisen, daß die Exceptio des § 986, II dem nur persönlich berechtigten Besitzer auch gegen den Pfandgläubiger gegeben sein muß ohne Rücksicht auf eine bona fides desselben[2]).

Auch hier ist es gleichgültig, ob es sich um Erwerb vom Berechtigten oder vom Nichtberechtigten handelt, ebenso, wie in den folgenden Fällen, falls nur ein Pfandrechtserwerb überhaupt erfolgt ist.

IV. Bei der Verpfändung durch Einräumung unmittelbaren Mitbesitzes nach § 1206 Halbsatz 1.

Daß auch auf diese Verpfändungsart die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb prinzipiell zur Anwendung zu kommen haben, ist bereits in § 17 A), II erörtert worden. Speziell für den gutgläubigen Erwerb des Vorrangs läßt es sich aus dem Gesetzestext insofern folgern, als in § 1208, 1 ganz allgemein gesagt ist, „— so geht das Pfandrecht dem Rechte vor", also kein Unterschied gemacht wird mit Rücksicht auf die Form, in der das Pfandrecht bestellt ist[3]).

V. Bei der Verpfändung durch Einräumung mittelbaren Mitbesitzes nach § 1206 Halbsatz 2.

Bezüglich der Frage, ob auch hier die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zur Anwendung zu kommen haben, ist dasselbe zu bemerken wie sub IV.

Ist die Sache bereits mit älteren Rechten Dritter belastet, so erwirbt ein diesbezüglich Gutgläubiger den Vor-

[2]) So Kober ad § 1208, 1 b, γ und ad § 986, 4; vgl. auch Wendt a. a. O. S. 41 unten.

[3]) Übst. Planck ad § 1208, d; a. A. Düringer u. Hachenburg in den Vorbem. zu §§ 366, 367, S. 469, 2 b.

rang über jene zweifellos dann, wenn die Sachbelastungen nicht gerade demjenigen zustehen, der zur gemeinsamen Herausgabe an Verpfänder und Pfandgläubiger verpflichtet ist. Steht aber das ältere Recht gerade diesem Besitzvermittler zu, so fragt es sich, ob nicht etwa auch hier die Bestimmung des § 936, III zur entsprechenden Anwendung zu kommen habe, zumal wir bereits oben in § 17, B), II die Ähnlichkeit dieses Falles mit dem des § 1205, II hervorhoben.

Zur Beantwortung dieser Frage wird es vor allem nötig sein, daß wir uns über den Zweck des § 936, III in seiner Anwendung auf § 1205, II Klarheit verschaffen. Biermann ad § 936, I, Abs. 2 findet diesen Zweck bei der Eigentumsübertragung darin, daß, da sich diese ohne Wissen und Willen des Besitzers vollziehe, auch dessen Rechtsstellung durch die Übertragung in keiner Weise geschmälert werden dürfe. Dies stimmt m. E. auch für die Verpfändung nach § 1205, II, da auch hier der Besitzvermittler der Tatsache der weiteren Verpfändung ohnmächtig gegenübersteht. Denn in dem Moment, da er von ihr weiß oder wissen kann, d. h. mit der Anzeige, ist sie auch schon vollendet. Da er aber derjenige ist, dessen Recht an der Sache auch den stärksten tatsächlichen Ausdruck gefunden hat, da er meist die Sache in seiner unmittelbaren Gewalt hat oder doch der abgetretene Anspruch gerade gegen ihn gerichtet ist, so soll seine Rechtsposition nicht ohne seinen Willen verschlechtert werden können.

Die gleiche Gefahr besteht aber m. E. nicht im Fall des § 1206 (2). Zwar ist es auch hier das Recht des Pfandhalters, das den stärksten tatsächlichen Ausdruck gefunden hat. Aber dieses sein Recht dürfte auch nicht leicht ohne seinen Willen geschmälert werden können, da ja das neue Pfandrecht nur dadurch zur Entstehung gelangen kann, daß er die Verpflichtung neuen Inhalts übernimmt. Er muß sich also zunächst auch verpflichten wollen. Dabei aber

hat er Zeit, sich über den Zweck dieser Verpflichtung zu erkundigen. Ja falls er etwa über den Zweck derselben arglistig getäuscht würde, könnte er sogar seine verpflichtende Erklärung anfechten und dadurch die zweite Verpfändung mit rückwirkender Kraft hinfällig machen. Im Gegensatz zu § 1205, II ist daher hier durch die Form der Verpfändung dem Besitzvermittler bei einer neuen Belastung eine genügende Mitwirkung garantiert und dadurch, daß er den neuen Berechtigten oder richtiger denjenigen, der ein Recht erst erwerben will, kennt, hat er auch die Möglichkeit, dessen eventuelle bona fides durch Aufklärung desselben zu vereiteln. Es besteht darum hier kein Bedürfnis zu einer entsprechenden Anwendung des § 936, III.